Carlos Parma
Dr. Dr. H.C. Mult. Mgter.

TEORÍA DEL DELITO

LÍMITES DE LA AUTORÍA
Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL
ERROR
DELITOS DE PELIGRO
ESCUELAS
TENTATIVA

EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO
EJS

TEORÍA DEL DELITO

LÍMITES DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL
ERROR
DELITOS DE PELIGRO
ESCUELAS
TENTATIVA

Todos los derechos de esta publicación están reservados y rige la prohibición de ser reproducida, en todo o en parte, ni registrada o transmitida por sistema alguno de recuperación de información, en ninguna forma o medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin permiso previo, por escrito, de los sucesores del autor.

© CARLOS PARMA

© EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO

contacto@ejs.cl • Fono 22 6034532

Diseño de portada y diagramación
EJS – Michel Herrera Cea

Se terminó de imprimir primera edición
de ?? ejemplares en el mes de septiembre de 2016
??? páginas

Impreso en *Talleres Propios*

ISBN 978-956-9709

IMPRESO EN SANTIAGO DE CHILE / PRINTED IN SANTIAGO OF CHILE

CARLOS PARMA

TEORÍA DEL DELITO

LÍMITES DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL
ERROR
DELITOS DE PELIGRO
ESCUELAS
TENTATIVA

EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

A los profesores de Derecho Penal de Latinoamérica, con quien me une un sentimiento fraterno.

A mi maestro de la Universidad Nacional de Córdoba: Carlos Lascano.

Colaboraron en su texto original:
Emanuel Mora, Iván Guevara Vásquez.

Agradecimiento a:
Daniel Gorra, David Mangiafico, Juan I. Pérez Curci, Juan Pablo Ortega y Matías Bailone.

PRÓLOGO

PENDIENTE.....

CAPÍTULO 1

PREFACIO: BREVE INTRODUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO. PASADO, PRESENTE Y FUTURO. AUTORÍA. SÍNTESIS

1. Derecho Penal. Desarrollo Científico. Dudas y certezas. 2. Teoría Causalista. 3. Teoría Neoclásica. 4. Teoría Finalista. 5. El Funcionalismo. 6. Teoría de la imputación objetiva. 6.1. Disminución del riesgo. 6.2. Falta de realización del riesgo. 6.3 Riesgo permitido y no permitido. 6.4. El fin de protección de la norma. Prohibición de elevación del riesgo. 6.5. Participación en la autolesión consciente de la víctima. 7. Sumario

1. DERECHO PENAL. DESARROLLO CIENTÍFICO. DUDAS Y CERTEZAS

En Europa occidental, la tópica represiva se centró en la Santa Inquisición (Inquisición pontificia), constituida propiamente en 1231, a través de los estatutos Excommunicamus del papa Gregorio IX, no era de extrañar pues desde antaño el delito fue identificado como un pecado, como una confrontación con Dios o con quien fuera su representante en la tierra; este Tribunal, que era una ideología en sí misma, acrecentó su vigor en el año 1486 con la creación del que se considera es el primer Código de Derecho Procesal Penal: el "Malleus Malleficarum" (El martillo de los brujos), obra de Kramer y Sprenger, donde se establece un procedimiento para interrogar, procesar, torturar, juzgar y sentenciar a los herejes, actuando el inquisidor de oficio en defensa del "orden sagrado".

Esta virulenta violencia tenía una explicación puntual y era que los árabes en 1453 habían tomado Constantinopla

(Bizancio), la joya del Mediterráneo, lo que generó una pronta "islamofobia" que se propaló en toda Europa y tuvo de parte de los "reyes católicos" una doble respuesta: conseguir una "nueva ruta" a las Indias (descubrimiento de América) y la expulsión definitiva de los árabes de la península ibérica (toma de Granada).

Siglos después aparecería una opción humanista. Se trata de la figura de César Bonesana, marqués de Beccaria, quien en su ensayo jurídico "Dei delitti e delle pene" (De los delitos y las penas) consume en el campo penal el pensamiento del Iluminismo (1764) con ideas que adhieren a las concepciones de Smith, Locke, Hume, Newton y especialmente Huchteston.

Se abre así el camino para que posteriores autores expongan el Derecho Penal en forma sistemática y de acuerdo a principios.[1] Mas su relevancia inmediata está dada por la defensa del Derecho natural y la proporcionalidad de las penas en tanto tiene su obra un valor excelso pues se manifiesta contra la pena de muerte y la tortura.

Hacia el siglo XIX hallamos a quien sería el germen del positivismo criminológico: Ezechia Marco Lombroso (Italia, 1835-1909), médico y criminólogo. Su teoría establece que la forma, las causas físicas y biológicas determinan al delincuente, es decir, tendencias innatas, de orden genético, observables físicamente, son constituyentes de un delincuente nato. Agregará otros factores criminógenos que coadyuvan a la delincuencia como el clima, el grado de civilización, la densidad de población, la alimentación, el alcoholismo, la instrucción, la posición económica, la religión. Se lo ha criticado entre otras cosas por la precariedad científica con que desarrolló su teoría, pues se limitó siempre a la "observación cuantitativa" carente de rigor epistemológico. No obstante, su tesis fue aceptada y seguida por destacados profesores de Derecho Penal y sociología de la Universidad de Pisa[2] (Ferri, Garófalo) y dentro del universo de

[1] NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lerner Ediciones, Córdoba, 1975, p. 43.

[2] Se impone aclarar que Francesco Carrara (Lucca, 1805-1888) fue el representante más destacado de la Universidad de Pisa y no compartió las ideas "Lombrosianas".

la medicina forense fue por más de cien años la palabra máxima, pues el *delincuente nato* podía ser detectado por la simple observación clínica. Su idea servirá luego para consolidar el llamado "Derecho Penal de autor", donde el hombre está "determinado" a cometer ciertos delitos y esa determinación surge especilmnte de su conformación morfológica, especialmente en la zona del lóbulo frontal.

La cuestión no se detuvo allí, tuvo una pronta reacción, veamos:

2. TEORÍA CAUSALISTA

El debate del siglo XX, se inicia con la postulación de la teoría clásica del Derecho Penal. Esta teoría parte de la ley publicada, de lo exclusivamente normativizado, excluyendo valoraciones filosóficas, psicológicas o axiológicas. El concepto de *acción* es puramente naturalístico o mecanicista y se define como un movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior; la *tipicidad*, describe la acción penalmente relevante sobre aspectos objetivos; la *antijuridicidad* es la contradicción de la conducta con el plexo normativo y finalmente, la *culpabilidad* es la relación anímica o psicológica del autor con el hecho. A éste último concepto se lo denominó "Teoría Psicologica de la Culpabilidad". La cuestión pasaba entonces por dar preeminenncia al resultado, algo que el academicismo reinante llamó el *desvalor del resultado* (un hombre muerto, un vidrio roto, etc.). Representantes destacados de esta tesis son: Von Liszt, Beling y Binding. En latinoamérica Soler, Núñez, Reyes Echandía, etc.

Los causalistas "se obsecionaron" con "el resultado". Es que el Derecho Penal dogmático nada tendría que ver con la política criminal ni –obviamente– con la criminología, entonces llegaría el análisis dogmático una vez que esté el resultado o bien el peligro corrido.

Roxin explica esta teoría así: "*Aproximadamente entre 1880 y 1930 se elaboró en Alemania una concepción, conocida hoy como clásica, en la que predominaban los aspectos*

naturalísticos. Esta concepción buscaba construir un sistema del Derecho Penal con base en las ciencias de la naturaleza, en su calidad de ciencias exactas, implementando factores psíquicos y relativos a la causalidad. Así, por injusto se entendía la causación de un resultado prohibido. Binding, uno de los dogmáticos más significativos de ese tiempo, entre 1880 y 1920, englobó en unas cuantas palabras el significado de esta teoría: "las prohibiciones mandan no causar; en cambio, los mandatos ordenan lo contrario: que se cause". El injusto se mantuvo limitado al marco de los factores externos del hecho. Por el contrario, la culpabilidad se edificó con base en todos los elementos subjetivos que vinculaban al autor con el hecho punible. La imputabilidad era el presupuesto de la culpabilidad, del mismo modo que el dolo y la culpa eran concebidos como formas de culpabilidad. Este es el conocido como 'concepto psicológico de la culpabilidad'".

Pero uno de los problemas más intensos de esta Escuela se dio cuando tenía que explicar la omisión y su equivalencia con la acción. La teoría causal de la acción no pudo demostrar esta fuerte relación. El elemento esencial de la acción, la causalidad, tuvo que ser reemplazada en los delitos de omisión por un concepto puramente ideal: sea un elemento análogo a la causalidad del hecho positivo,[3] una hipotética causalidad de la acción no realizada, etc. Dicho de otra manera: las omisiones no deberían ser acciones en el sentido de la teoría causal, sino sólo *suposiciones* de la posibilidad de una acción.

En síntesis los causalistas, muy apegados al positivismo, entendían que ya había transcurrido un tiempo más que suficiente desde la instauración de la idea del conocimiento desde la ilustración hasta la fecha, de allí que todas esas ideas de libertad, igualdad, razonabilidad, etc. ya se habían plasmado en leyes. Estas últimas entonces tenían solvencia propia pues provenían de ideas sólidas, racionales y lógicas que habían pasado por

[3] Confr. F. v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª edición 1919, p. 133. La afirmación de v. LISZT de que "el conocimiento científico es explicación causal" (Strfr. Vortr. U. Aufs. II, p. 289) quedaba a salvo puesto que "la causalidad no es más que una forma de nuestro conocimiento"(ibidem, p. 84); no es, por lo tanto, se debe deducir, *objeto* de nuestro conocimiento.

un tamiz de credibilidad y soportado críticas y refutaciones a través de muchas décadas.

3. TEORÍA NEOCLÁSICA

A principios de siglo, se incorporan principios filosóficos valorativos y teleológicos, que forman la llamada teoría neoclásica; es una "vuelta" a Kant obviamente integrada por neokantianos.

"Mis ideas volverán cada cien años", había dicho Kant... y así ocurrió.

Aquí, la *acción* deja de ser natural y se inspira en sentido normativo, pudiendo de esta manera comprenderse también la omisión. Se la define como "*el comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior*". Esta "conducta" es algo más que un simple movimiento corporal.

En el plano de la *tipicidad* se produce una revolución, ya que se descubren elementos normativos (subyace un juicio de valor) debiendo también ser incluídos los elementos subjetivos del tipo (por ej. ánimo de lucro). La *antijuridicidad* se ampliará, al juicio de desvalor objetivo de carácter formal se le aporta un juicio de desvalor material, y consistirá por ende, en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a derecho, que también produce un daño social (contenido material).

Esta teoría introdujo otro debate relevante: si la tipicidad es ratio cognoscendi de la antijuridicidad (mero indicio) o la "ratio essendi" (constitutiva). Para entender esta ligazón, se usó la frase "*es como el humo al fuego*", es decir: la tipicidad pasa a ser razón y existencia de la antijuridicidad.

Esta unión inescindible entre tipo y antijuridicidad dá cuenta de un resultado: el injusto. Éste compre todos los elementos, por lo que la conducta debe ser "típicamente antijurídica".

En materia de *culpabilidad* la revolución es aún mayor, pues se adopta un concepto normativo. Alguién será culpable de algo, si su conducta se la puede reprochar, concepto que los finalistas en años posteriores llevarán como bandera identificando a la culpabilidad.

Pero esta visión normativa, que se ve asimismo influenciada por el psicologismo, no logra ser autónoma. Frank dice: "*al autor se le reprocha haberse rebelado conscientemente contra los mandatos del Derecho (dolo) o se le enrostra el haber lesionado inadvertidamente las exigencias de la vida comunitaria (culpa)*".

La estructura de la culpabilidad para el normativismo estaba compuesta por:

a. **Imputabilidad.**
b. **Conocimiento de la antijuridicidad (el dolo o la culpa).**
c. **No exigibilidad de otra conducta,** que se suma como un nuevo elemento que aporta Freundenthal. Es decir, si al sujeto, en el momento del hecho, de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancias que lo rodean, el derecho le puede exigir una conducta distinta a la que realizó.

Esta tesis logró sustento jurisprudencial en el famoso caso del "caballo resabiado", y hoy cuenta con importante respaldo en Alemania y España. Exponente de esta visión fueron Mezger y Goldschmit y en Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero entre otros.

Luis Jiménez de Asúa dictó un seminario completo (Programa del curso de Derecho Penal) en el año 1925 en la Universidad Nacional de Córdoba y tal vez fue en ese mismo momento cuando se constituyó en un hito clave en Latinoamérica pues uno de los alumnos que allí estaban era Sebastián Soler. Sería el punto prístino de la teoría del delito en Latinoamérica y seguramente fuente de inspiración para el primer tratado sobre la teoría del delito aparecido en 1940 (Editorial Tea, Buenos Aires).

4. TEORÍA FINALISTA

Hans Welzel en el año 1931, con tan sólo 27 años, vino a poner en jaque a la dogmática jurídico penal que hasta entonces había guardado un mesurado equilibrio; impuso en su trabajo *Cau-*

salidad y acción un estigma: la acción final. Nacería entonces una nueva escuela: el finalismo.

Provocativamente Welzel sostiene que el hombre siempre persigue fines, "*la acción en el causalismo es ciega, en el finalismo es vidente*". En su ópera prima relataba: *"En la relación intencional, el pensamiento está dirigido hacia el objeto y está guiado por su estructura (…) el orden del pensamiento es un orden con arreglo a los nexos objetivos y al sentido de los objetos proyectados"*. La acción es ejercicio de actividad final que comprende: la anticipación mental del fin perseguido, la selección de medios adecuados y la consideración de los efectos concomitantes a los medios elegidos. Welzel decía: "*(…) el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales concientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada (…). compra el arma, tiene informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al asecho, apuntar el arma, dispara; todos ellos, actos dirigidos a la meta sometidos a un plan de conjunto"*. El legislador se encuentra obligado a responder a estructuras objetivo –lógicas que son previas y pertenecen al mundo del Ser, es decir a la naturaleza de las cosas.

Es innovador, ya que el dolo estaría en la acción final, sería el dolus malus (dolo neoclásico) y en este a su vez se diferencian:

a. **Dolo natural**, situado en la tipicidad y que es el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo.
b. **Conciencia de la antijuridicidad**, que sigue estando en la culpabilidad.

A diferencia del causalismo, el finalismo centra el eje de discusión en la *acción mala, con tendencia al menoscabo de bienes jurídicamente protegidos*, demostrando que la vida y o el bien ajeno, no le interesa. A esto se lo denominó *el desvalor de la acción*.

La finalidad se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede preveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, fijarse fines diversos, dirigir su actividad conforme un plan.

Definitivamente, la corriente finalista dejó su marca, la cual es visible por ejemplo en el error sobre el dolo que se llamará

error de tipo. También se distingue claramente entre error de tipo y error de prohibición. En este último se niega la conciencia de antijuridicidad, donde se hallan insertos los conceptos de evitabilidad e inevitabilidad. La participación sólo cabe en el hecho doloso. Autor será quien tenga el dominio del hecho; se consolida el injusto personal que manifiesta el desvalor de la acción, frente al desvalor del resultado, teniendo que estar relacionados por una causa. La *culpabilidad* estará compuesta por: la imputabilidad y conciencia de la antijuridicidad, aceptándose la no exigibilidad de otra conducta. Esta culpabilidad es sinónimo de reproche, y lo que se reprocha es que siendo libre, pudiendo autodeterminarse en el caso concreto tuvo la posibilidad de obrar de otro modo y no lo hizo.

Roxin al analizar la visión finalista sostiene que el conocido sistema de la acción finalista fundado por Hans Welzel (1904-1979)[4] dominó la discusión sobre el sistema del Derecho Penal en Alemania entre 1930 y 1970 y generó también una gran resonancia en el extranjero. Este sistema no fundamenta el injusto penal en la causalidad, sino en la acción final del ser humano.

El concepto de finalidad procede del latín *finis* y se refiere a la capacidad del ser humano para dirigir los cursos causales hacia un fin específico. Los seguidores de esta teoría ven en la finalidad de la acción humana el núcleo del injusto penal. En el caso del homicidio este es cometido no por quien causa la muerte de otra persona, sino por quien dirige su acción hacia la producción de ese resultado ya sea, mediante un disparo o por acuchillamiento.

Esta concepción entiende que el dolo, que para la teoría causalista era el elemento central de la culpabilidad, debe pasar a formar parte del núcleo del injusto. A partir de ese momento fue inconcebible aceptar un concepto psicológico de la culpabilidad.

Conforme a la concepción finalista y conjuntamente con el desarrollo verificado en la época de la teoría causalista, la

[4] La última exposición completa de su concepción se encuentra en: HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª edición, 1969.

culpabilidad fue entendida como *reprochabilidad*. Un hecho era entonces penalmente relevante, cuando se le pudiera reprochar el hecho al autor. Este es el renombrado concepto normativo o valorativo de la culpabilidad.[5] El fundamento de esta reprochabilidad es la posibilidad de conducirse de otro modo, es decir conforme a derecho, aún así se comportara de forma contraria.

Los finalistas aceptaron que el hombre pueda ser considerado "libre", de este modo puede autodeterminarse y obrar conforme la norma o no.

Tanto el causalismo como el finalismo consideraron al injusto y a la culpabilidad como elementos básicos del sistema, aunque disienten en su contenido. Las disputas no se ciñen solamente a cuestiones meramente conceptuales, sino que las implicancias de dichas nociones llegan a diferentes resultados jurídicamente relevantes. Si como sostienen los finalistas, el dolo se mantiene en la dirección del acontecer causal, entonces comete un aborto doloso (§ 218 StGB Alemán) quien voluntariamente mata al embrión. Pero si debido a lo complicado de las reglas jurídicas relativas al aborto en Alemania, el autor ejecutó el hecho, como es absolutamente posible, considerándolo sin más como permitido, eso no cambia nada el contenido del dolo según la doctrina finalista, sino que es un problema relativo a la culpabilidad. La reprochabilidad faltaría únicamente en caso de que el error fuese invencible, de tal manera que conforme a derecho, a pesar del error en el que se encuentra, el autor puede ser sancionado por un aborto doloso.

Por el contrario, los clásicos, conforme a su concepción causal-psicológica, consideraban al conocimiento de la antijuridicidad como un componente del dolo como elemento subjetivo de la culpabilidad, de tal manera que llegaban a una solución diferente, la absolución. La jurisprudencia alemana y más tarde también el legislador (en el § 17 StGB), siguieron en este punto a la teoría finalista, lo que de ninguna manera

[5] La concepción de la culpabilidad como "reprochabilidad" ya había sido asumida por Frank en, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907. Una exposición completa de su evolución puede verse en el texto de mi discípulo Achenbach: "Historisch und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre", 1974.

se tradujo en la solución de todos los problemas relacionados con la reprochabilidad.

Esto no priva al sistema finalista de debilidades de consideración, he aquí las más importantes.[6]

Pese a todos los intentos realizados por el finalismo para aclarar la punibilidad de la acción imprudente, estos han fracasado. El autor imprudente no dirige directamente el curso causal hacia el resultado obtenido y sin embargo es sancionado. Tampoco el injusto de los delitos de omisión puede entenderse como una acción final. Así, el autor de un delito de omisión no dirige el curso causal hacia el resultado producido, sino que simplemente no interviene en el desarrollo de un acontecimiento causal que es independiente de él.

Incluso en la comisión de delitos dolosos puede el finalismo tener problemas, por ejemplo en el caso del fabricante de autos que advierte o quiere que uno de sus autos, fabricado conforme a la reglamentación, sea utilizado para cometer un homicidio durante un accidente; dicho fabricante no satisface el tipo penal de homicidio a pesar de las posibles consecuencias. Incluso el contenido de la culpabilidad (por llamarle aquí de alguna forma) sería también insuficiente utilizando el criterio de *poder conducirse de otra forma*.

Esto nos hace comprender porque hoy la teoría finalista tan solo tenga, en Alemania, a unos cuantos seguidores a pesar del reconocimiento de algunos de los resultados a los que llega, y que se hable más de esta teoría en el sentido de que forma parte de una época histórica de la dogmática penal y no de su presente y futuro.

Sin embargo no podemos negar que la teoría finalista significó un progreso esencial y significativo respecto del sistema clásico del delito, pues eliminó problemas de esta. Dio a conocer que lo injusto del hecho no depende solamente de elementos

[6] Para información más detallada al respecto, me remito a mis dos trabajos, con los que inicié y concluí definitivamente mis análisis sobre el finalismo: BACIGALUPO, ENRIQUE, "Zur Kritik der finalen Handlungslehre", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 74, 1962, pp. 515 y ss., así como: "Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz", en *Festschrift für Androulakis*, Athen, 2003, pp. 573 y ss.

objetivos, sino también de la predisposición de un fin (el dolo) del autor. También puso un límite a la expansión del injusto que hasta ese momento se reducía a la causalidad. En el ejemplo del fabricante de autos, este no comete el injusto de homicidio, toda vez que su dolo no esté dirigido a ese fin. Asímismo, reconoció que la culpabilidad no se puede fundamentar en la relación psicológica entre el hecho y su autor.

5. EL FUNCIONALISMO

El funcionalismo es una corriente totalmente práctica que intenta con su eficiencia dar soluciones a problemas concretos del Derecho Penal. Separar lo que es importante de lo que no lo es y centralmente adecuar el Derecho Penal a la política criminal.

Con el antecedente de la propagación de la teoría de la acción social, aparecen importantes pensadores (Jescheck, Wessels, Kaufmann Arthur, etc.) producto de la corriente moderna que trató de atemperar el choque de escuelas y de cierta forma corregir defectos.

La *acción* entonces será una "*conducta humana socialmente relevante dominada por la voluntad o que ésta puede dominar*".

El aporte más significativo que tuvo el funcionalismo para el Derecho Penal actual y posmoderno, lo incorpora en la década del '70 Claus Roxin en su obra sobre "*Política criminal y sistema del Derecho Penal*", su llegada coincide con el surgimiento de la teoría funcionalista, que sería el último exponente de la dogmática actual.

En la citada obra magistralmente esboza que las finalidades rectoras de un sistema penal sólo pueden ser de tipo político criminal, pues los elementos de la teoría del delito se orientan a los fines del Derecho Penal.

Roxin comienza citando a von Liszt cuando dice: "*El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal*", y es precisamente esto lo que objeta. Dicho de manera simple pretende la penetración de la política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del Derecho Penal. Abre así dos compuertas vitales que afectan toda la estructura de la teoría del delito:

a. **La culpabilidad y *las cuestiones de política criminal:*** forma la categoría que llamará *responsabilidad*, lo que implica reestructurar la categoría responsabilidad desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena.
b. **Reedición de la teoría de la imputación objetiva**: dirá Roxin: "*El Derecho Penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica*".

Los funcionalistas lo comprenden como de última generación, y aunque tienen divisiones (moderados, sistémicos,etc.) cuentan en su haber con dos importantes figuras: *Roxin y Jakobs*.

Lo novedoso de la propuesta es que tiende a "*incorporar intereses de política criminal a los principios normativos de la determinación del merecimiento de pena y su ejecución*", por eso enriquece el concepto de culpabilidad con finalidades preventivas. Adhiere Hassemer, que aceptan la teoría del bien jurídico como variante crítico sistemática a la propia propuesta. Esta última situación es combatida por Jakobs que, en un inesperado giro hacia el endurecimiento de penas, entiende que el Derecho Penal lo que hace es proteger la vigencia de la norma y no bienes jurídicos.

En materia de *acción* se observa una marcada evolución conceptual. **Roxin** cristaliza a la *"acción como exteriorización de la personalidad"*, el comportamiento es la relación del *Yo Consciente* y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales. Dice así: *"un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo, se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de una manifestación de la personalidad"*. Para **Jakobs** la acción sería "*la causación de un resultado evitable"*, se trata de una expresión de sentido; es decir, la realización individual y evitable del resultado. La omisión por su parte es "*la no evitación evitable del resultado*". Es un concepto de naturaleza social enfocado desde el contexto social.

El delito para Jakobs quiebra la vigencia de la norma, es una comunicación defectuosa, una desautorización de la norma

o falta de fidelidad a la misma. La norma es una expectativa social institucionalizada pero al mismo tiempo vemos que la sociedad aceptará ciertos riesgos y éstos a su vez estarán excluídos de reproche.

Roxin explica su sistema así: *"Causalismo y finalismo coinciden, a pesar de todas sus diferencias, en construir el sistema con base en datos derivados del Ser (la causalidad o la conducción de la acción). El sistema de la teoría del delito desarrollado por mí, transita por una vía muy diferente: se fundamenta en la función social, en el fin (la misión) del Derecho Penal y de la pena, y construye el sistema basándolo en las decisiones valorativas y político-criminales que se ubican detrás de estos fines. Para referirnos a ella, podemos llamarla una construcción sistemática racional-final o funcional. Su idea fundamental es que la estructura del injusto se construye de acuerdo con la función que tiene encomendada el Derecho Penal; por el contrario, la culpabilidad (a la cual denomino 'responsabilidad'), se edifica con base en el fin de la pena"*.

Jakobs forma el siguiente esquema: el delito viola la *confianza en la norma* y la pena *restablece la confianza en la norma*. Así el concepto de delito se torna exageradamente normativo. Sin embargo, las variantes por demás revolucionarias y polémicas aparecen en el tema de la *culpabilidad* al sostener que es *"prevención general positiva o integradora"*, es ser infiel a la norma, y que *"es un concepto que se construye funcionalmente"*. Yendo aún más lejos, innova paradigmáticamente al cuestionar la teoría del bien jurídico protegido, pues para él el Derecho Penal lo que hace es proteger la vigencia de la norma y no establecer un muro alrededor de bienes jurídicos. Es así que *"el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto (…) de allí que lo importante sea delimitar comportamientos socialmente inadecuados o socialmente adecuados (…) por eso el riesgo social aceptado excluye el tipo"*.

En esta inteligencia se advierte que al Derecho Penal no le interesa "un hombre muerto o un vidrio roto" pues esto también podría pasar por una catástrofe o cualquier hecho de

la naturaleza, el derecho sólo se fijará en conductas humanas que con sentido produzcan ese resultado que pudieron evitar. En la idea jakobsiana "*las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la sociedad y el Estado*".[7]

Ante la fuerza que cobran términos como *norma* y *sociedad* quedamos de cara a las siguientes preguntas y respuestas:

¿Cuál norma jurídica?: las que mantienen la sociedad.

¿Cuál sociedad?: la actual.[8]

Hacia el año 2001 se aprecia con mayor claridad el endurecimiento en su línea de pensamiento, específicamente en su concepción filosófica sobre lo que llama *Derecho Penal del enemigo*. Equipara a los enemigos a animales peligrosos, asumiendo así una posición discriminatoria para con seres humanos y peligrosista. En conclusión la persona deja de ser tal y puede ser perseguida y condenada sin tener derechos ni garantías jurídicas.

Expone: "*el sujeto peligroso ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos*".[9]

Como he sostenido en reiterados trabajos doctrinarios esta tesis Jakobsiana no es más que **una aceptación solapada de las ideas de Lombroso y Hobbes, lo que implica una vuelta al Derecho Penal de autor**.

Sobre la *culpabilidad*, hay conceptos disímiles, entre ellos Roxin dice que es "*realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa*". Jakobs por su parte que "*es ser infiel al derecho*". Véase que este último autor se aparta del sistema clásico de la teoría del delito y funda la culpabilidad en la *prevención general positiva*, aceptando la función latente de la pena resocializadora; "*el que pudiendo, no se ha motivado con la norma, ni por la amenaza penal*" (Bacigalupo).

Bacigalupo reflexiona sobre el post finalismo: "*El estado de la dogmática actual no sería comprensible sin el finalismo y no*

---

[7] JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 650.

[8] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal Fundamental*, 3ª edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 652.

[9] JAKOBS, GÜNTHER, "¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?", en *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI*, Editorial Ara, Lima, 2005, p. 146.

constituye una restauración de concepciones del tiempo anterior. Tampoco es consecuencia de la configuración legal del Derecho Penal alemán: la reforma íntegra del Código Penal alemán de 1975 no afectó en lo más mínimo a la teoría del delito. La estructura básica del sistema finalista no ha sido modificada. Se mantienen las categorías de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de la teoría clásica y las distinciones finalistas de tipos penales dolosos y tipos penales culposos, entre tipos penales activos y tipos penales omisivos, entre dolo y conciencia de la antijuricidad;[10] *sin embargo su contenido es explicado de forma diversa".*

Volviendo a Roxin, gestor del funcionalismo, diré que su sistematización no se fundamenta en criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino en las funciones político-criminales (es decir, en el fin del Derecho Penal y de la pena), y que conforme a esta perspectiva, el injusto tiende a ampliarse debido a la teoría de la imputación objetiva, y la culpabilidad, con la introducción del criterio de necesidad de pena, se extiende hasta hasta constituir una teoría de la responsabilidad.

6. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El nexo entre acción y resultado no alcanza para imputar. La idea originaria de la *teoría de la imputación objetiva* pide que lo actuado sea fuera del radio del riesgo permitido y que ese obrar u omitir tenga un reflejo en el resultado.

Según Zaffaroni la discusión pasa al tipo objetivo pues, según Jakobs, en realidad "*lo central es saber si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico".* Roxin señala que será así *"Si a la conducta humana causante del resultado (...) se la puede concebir finalmente, con respecto a la producción o evitación de un resultado".*

[10] Confr. C. ROXIN, STRAFRECHT, AT, 3ª edición, 1997, pp. 145 y ss.; H.-H. Jescheck/Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5ª edición 1996, p. 214.

Resumiendo: está prohibida la creación de un riesgo reprobado. Otros autores como Pessoa la entiende como un criterio corrector de tipicidad penal.

En forma muy simple se puede armar la cuestión así: Si la relación de causalidad marca un límite mínimo pero no suficiente para atribuir un resultado, no alcanza para imputar. En otras palabras el primer análisis sigue pasando por la relación de causalidad. Luego ¿qué se le agrega?: Un plus valorativo o juicio de legalidad lógica. Esto es así porque la norma sólo prohibe acciones que creen para el bien jurídico protegido un riesgo mayor al autorizado, señalando además que ese resultado pueda evitarse.

De este modo, la tipicidad crea el objeto de enjuiciamiento y con ello la base de su responsabilidad.

En la actualidad se intenta hablar de una teoría general de la conducta típica donde la atribución del resultado no es una cuestión absoluta o dominante. De esta manera no es una simple teoría de la causalidad o un correctivo, como se afirmó, sino una exigencia general de la realización típica.

Tomando un ejemplo; comprobada la relación de causalidad natural observaremos lo siguiente:

a. Si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.
b. Si el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción.

En esta orientación se arriesgaron algunas consideraciones que sirven para aclarar el alcance de la imputación:

1. *"No es objetivamente imputable el resultado producto de una acción que disminuye el riesgo"*.
2. "*No es objetivamente imputable cuando la acción no cree un riesgo jurídicamente desaprobado*".
3. *"No será objetivamente imputable el resultado que se produzca fuera del ámbito de protección a la norma"*.

Cuando el objeto de la acción ya estaba expuesto a un peligro, se da cuando aumenta el riesgo, ahora bien, si el resultado era seguro, sólo habrá responsabilidad si se lo adelantó

la producción pero: "*No es posible atribuir un resultado a un autor, aunque su obrar haya sido causa suficiente del mismo, si ese resultado se habría producido igual sin la intervención del autor*".

Roxin ha sido el gran mentor de esta teoría deben y es importante por esto tener en cuenta sus propias palabras: "*La teoría de la imputación objetiva desarrollada por mí a partir de 1970*[11] *se encuentra en el centro de la discusión de la dogmática penal alemana y ha generado también un gran interés en el extranjero. Mi colega, el Profesor Friedrich-Christian Schroeder (Regensburg),*[12] *escribió en el año 2003: "esta teoría ocupará el lugar de la teoría final de la acción, no sólo por lo destacado de sus fundamentos, sino también por la atención que ha causado en el extranjero", y el Profesor Hendrik Schneider (Leipzig)*[13] *señaló al respecto: "que ha generado un cambio de paradigma en la literatura jurídico-penal".*

Las referencias a esta teoría son tan sólo un fragmento, aunque muy importante, de una relación sistemática de mayor envergadura; es por ello que una exposición más detallada se justifica, toda vez que los conceptos relativamente sencillos de esta teoría, posibilitan la solución plena de casos concretos, de entre los cuales sólo podemos esbozar aquí algunos de ellos de forma muy breve, pero que sustentan el sentido práctico de esta teoría así como la resonancia que ésta ha causado.

6.1. Disminución del riesgo

Cuando alguien desvía el cuchillo del agresor que iba dirigido hacia el pecho de la víctima impactando en el brazo, no se realiza el tipo penal de lesiones.

---

[11] Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en Festschrift für Richard M. Honig, 1970, pp. 133 y ss. (también en: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 123 ff.).

[12] Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung", en: Festschrift für Androulakis, 2003, pp. 651 y ss. (668).

[13] Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?", 2004, p. 271.

Esto es así porque la imputación no es procedente cuando el autor no crea un riesgo para el bien jurídico, sino que únicamente disminuye un riesgo previamente creado. No hay participación jurídico-penalmente relevante en un robo o fraude, cuando alguien no puede evitar que el autor omita su actuar delictivo, pero sí lo motiva para que se de por satisfecho con un botín significativamente menor. En casos como éste, el tercero no ha aumentado la situación de riesgo para el bien jurídico, sino que en realidad la ha mejorado.

6.2. Falta de realización del riesgo

Cuando alguien es invitado a dictar una conferencia, o a pasar unas vacaciones en el extranjero, y en ese lugar se verifica una catástrofe natural o al invitado le sucede un accidente, la persona que le ha invitado no comete el tipo penal de homicidio, aunque él sea causal del acontecimiento, y aún en el caso en que el anfitrión haya tenido la intención de que tal accidente mortal sucediera. Esto se debe a que tales sucesos pertenecen al denominado riesgo general de vida, el cual es jurídicamente irrelevante. Aquí lo que falta es la realización de un riesgo imputable a la persona.

Por otro lado, las malas intenciones por sí solas no son punibles, de tal manera que en nada cambia el que no se haya realizado un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido. Este principio se puede ampliar a todos los daños producidos con base en la casualidad, excluyendo así, desde el inicio, el tipo.

Esto suena sencillo y evidente, pero no puede lograrse con base en el concepto causal. Por lo que respecta al finalismo, puede llegarse a una conclusión similar, pero de forma muy limitada y con un fundamento deficiente.

6.3. Riesgo permitido y no permitido

Son comunes también los casos en los que a través de un comportamiento se crea un riesgo estadísticamente relevante para

el bien jurídico, y que debido a los intereses superiores de la sociedad, dicho riesgo será permitido siempre que se mantenga dentro de los límites establecidos. La imputación del resultado es entonces posible, siempre que se fundamente en la creación de un riesgo no permitido.

Estos casos podemos ejemplificarlos con la situación de las instalaciones industriales. En ellas, si se respetan todas las medidas de seguridad y no obstante se produce un resultado lesivo, no se podrán imputar al empresario las lesiones o el homicidio causado. Por el contrario, si se infringen las medidas de seguridad y se crea así un riesgo no permitido seguido de un resultado, nos encontraremos ante una acción imprudente, o quizás ante un tipo doloso, siempre que el daño causado hubiera sido considerado previamente.

6.4. El fin de protección de la norma. Prohibición de elevación del riesgo

En la idea de Roxin cuando alguien rebasa de forma prohibida a otro vehículo y debido al susto el conductor del auto rebasado sufre un infarto al corazón, estamos frente a aquellos casos en los que el resultado específico producido no es abarcado por el fin de protección de la norma. La imputación objetiva no se verificará a pesar de haber superado los límites del riesgo permitido y con ello haberse realizado un resultado.

En el ejemplo, el acontecimiento no le podrá ser imputado en calidad de lesiones al conductor del auto que lo rebasó. Es cierto que la violación del riesgo permitido causó el infarto del corazón, pero resulta que el fin de protección de la norma que prohíbe rebasar, pretende evitar accidentes y choques entre los autos, y no pretende evitar la posibilidad de un infarto al corazón.

Un ejemplo más: un médico opera a una mujer con anestesia completa aún y cuando ella le ha confiado que padece problemas de corazón. El médico omite consultar a un especialista en la materia, tal y como debió hacerlo, y después de esto fallece la mujer en la operación por un paro cardiaco. De la necropsia

realizada se deriva que mediante el análisis médico omitido no se hubiera podido advertir el fallo cardiaco acaecido. De cualquier forma, la mujer hubiese vivido tan solo un día más de haber sido operada, debido al retraso de la supuesta operación que se hubiera derivado del análisis omitido.

Respecto a si el médico ha cometido un homicidio imprudente, la respuesta es negativa; aun cuando el médico infringió el riesgo permitido y adelantó la muerte de la mujer. El fin que persigue el deber de consultar a un especialista en medicina del corazón, no es retrasar la muerte de un paciente realizándole exámenes médicos, sino evitar definitivamente el fallecimiento. Si esto no era posible, entonces el comportamiento incorrecto del médico que operó no se realizó en el resultado.

Los dos ejemplos anteriores, que proceden de la Jurisprudencia, han sido tomados de una amplia constelación de casos parecidos. Éstos deben mostrar que la teoría de la imputación objetiva es sin duda sencilla en sus principios, pero requiere de complicadas deliberaciones para su aplicación concreta. Por ello es que dicha teoría cuenta con fundamentos llenos de contenido, de forma que se puedan distinguir correctamente los resultados a los que se llega.

6.5. Participación en la autolesión consciente de la víctima

Si alguien le entrega heroína a otro y éste, consciente del riesgo, se inyecta la droga produciendo así efectos mortales, el proveedor de la droga podrá ser responsable de la distribución del producto, pero no de un homicidio imprudente o doloso, debido a que conforme a la imputación objetiva se excluye también la participación en una autolesión o autopuesta en peligro dolosa y autorresponsable de la víctima. Así lo resolvió la Jurisprudencia alemana en 1984, que en este punto ha asumido la teoría de la imputación objetiva. El fundamento de la exclusión de la imputación es que la función del Derecho Penal se sustenta solamente en evitar riesgos para bienes jurídicos ajenos y no en impedir autolesiones.

Los posmodernos no sólo aceptan la imputación objetiva como mínimo en los delitos culposos, sino que muchos están planteando que no basta el tipo penal y su adecuación con el hecho para el reproche, sino que además debe afectarse un bien jurídico protegido.

Claramente esta es una temática de trabajo con enorme proyección de desarrollo futuro en la dogmática del Derecho Penal, esta humilde exposición ha mostrado tan sólo algunos ámbitos del gran campo de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, algunos de ellos son sencillos, pero también hay otros problemáticos que no he mencionado.[14]

7. SUMARIO

Con **Lombroso** la dogmática acudió a una idea central: el delincuente puede ser observado y distinguido físicamente, creyente en la cientificidad de la propuesta la judicatura aplicó a rajatablas la idea del "delincuente nato". Fue el tiempo del Derecho Penal de autor.

Sobre la tesis que ratificaba "*la aplicación racional de la ley penal*", alentada en el siglo XVIII por la corriente iluminista (Kant, Rousseau, Montesquieu, etc.) se elaboró la construcción dogmática y académica más importante de todos los tiempos dentro del Derecho Penal que fue la teoría del delito y su consecuente primer Escuela, el causalismo.. Se propuso una suerte de fórmula secuencial o sistemática en base a categorías y puede aplicarse en todo tiempo y en todo lugar. Se buscó ayudar al operador a definir certeramente lo que es un delito penal.

Nace así la contundente idea que el delito es una **Acción** que debe ser **Típica**, **Antijurídica** y **Culpable**. Dado este presupuesto la consecuencia es aplicar una pena. Siguiendo estos lineamientos, en el siglo XX, Kelsen ratificará con fuerza esta idea: *dado A debe ser B*.

[14] Una exposición más detallada de la teoría de la imputación objetiva, se puede ver en el parágrafo § 11 de las ediciones española y alemana del Manual de Claus Roxin de Derecho Penal.

El primer intento científico llevó el título de *causalismo o escuela clásica*; una idea positivista (1870-1930) que aceptó la perfección de la ley publicada como producto de un largo desarrollo en el pensamiento. Aunque respaldados en la fuerza de la concepción del Derecho Penal como observación del resultado, la fragilidad de esta tesis se manifestó en todas sus categorías. Sus discípulos, los *neokantianos*, intentaron con cierto éxito corregir las falencias en el injusto (tipo y antijuridicidad)[15] en tanto fue **Welzel** (1904-1979) quien con la creación del *finalismo* (1930) logró aclarar el vórtice de la cuestión ubicando el dolo en el tipo. Dijo que el hombre libre puede autodeterminarse y si en el hecho delictivo tiene la posibilidad de conducirse de otro modo y no lo hace, merece reproche, es decir, es culpable.

El aporte del finalismo se ramifica siendo destacable su importancia en la teoría de la autoría (dominio del hecho) tema de esta obra.

Roxin por la década del 70 enciende la luz, abonando a la dogmática jurídico penal con cuestiones de política criminal (directrices), dando además fin a estériles discusiones, especialmente sobre la acción. Sus aportes son elocuentes (teoría de la imputación objetiva, dominio funcional del hecho, aparatos organizados de poder, responsabilidad). Su creatividad teórica, funcionalista, teleológica, se fundamenta en la función social, en el fin o misión del Derecho Penal y de la pena, y construye el sistema basándolo en las decisiones valorativas y político-criminales que se ubican detrás de estos fines. Una construcción sistemática racional-final o funcional.

Un exponente del funcionalismo conocido en Latinoamérica es **Jakobs**.[16] Este destacado jursita piensa que al pasar a ser la culpabilidad una cuestión que se construye socialmente, no es más que prevención general positiva. El delito no haría más que resquebrajar la confianza en la norma y la pena se

[15] Dirán: "si el tipo fundamenta lo injusto, es preciso que contenga la totalidad de elementos determinantes de lo injusto". Arriesgan una idea: "Si es típico es antijurídico" … "como el humo al fuego".

[16] En especial *La imputación objetiva en Derecho Penal* y *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, ambos libros editados por Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.

debe imponer para restaurar esa confianza (similar en Hegel). Su sistema pétreo terminará decantando en el Derecho Penal del enemigo,[17] desde donde bregará por el adelantamiento de la punibilidad, la reducción de garantías, etc., todos pesares dirigidos contra el *enemigo*, que para él y sus acólitos (Pawlik, Polaino, etc.), no son persona.

La tendencia doctrinaria en general aceptó la idea de Roxin lo que en términos sencillos sería rebatir el paradigma kelseniano por lo que dado el delito puede o no ser una pena (dado "A" puede o no ser "B"). La variable roxiniana "*responsabilidad*" se haría notar en institutos procesales como la suspensión de juicio a prueba, la inocuidad, entre otras; todo en apoyo de lo que sería apuntalar el fin y función de la pena.

El Derecho Penal ostenta una multiplicidad de ideas, dogmatización de saberes, retórica fundamentalista, descriptivismo objetivista y validación exprés de la moda. No hay nociones que solucionen en concreto la inseguridad por lo que el miedo pasa a ser la enfermedad del momento, estimulada ampliamente por los medios de comunicación que fomentan una especie de creencia social (Bourdieu).

Actualmente, lo único verdaderamente distinto en el Derecho Penal es la llegada de la neurociencia y su posible influencia en el plano dogmático de la culpabilidad penal. Aunque se puedan aceptar coincidencias con el Programa de Marburgo (V. Liszt) sobre la inocuización de delincuentes no susceptibles de corrección o la mentada tesis lombrosiana del delincuente nato, la neurociencia aporta una visión nueva llamativamente exacta. Esto ha hecho que las acciones sociopsicológicas, la conciencia, las emociones, las redes neuronales o la simple toma de decisiones dentro de la estructura más compleja del universo: el cerebro, sea ahora centro de atención de los criminólogos.

Desde aquel rejuvenecer de la neurociencias cognitivas (Miller, 1970), donde la emotividad compromete la toma de decisión, el avance es notable. La neurociencia da por cierto este apotegma científicamente probado mediante la experimen-

[17] Declarado en 1985 tiene auge a partir de la caída de las "torres gemelas" en el año 2001.

tación, la tomografía axial por emisión de positrones (PET), la tomografía computarizada por emisión de fotones simples, resonancia magnética funcional o nuclear (RM o fMRI), magneto encefalografía, etc.

En esta inteligencia la indebida o incorrecta relación neuroquímica existente en la conexión de los axones puede hacer que una persona sea claramente agresiva, sin empatía y sólo busque una recompensa inmediata carente de sentido de vida es decir *tenga miopía de futuro*. Sugiere acaso esto un lapidario interrogante: ¿Dime que cerebro tienes y te diré quién eres? O lo que es peor ¿Qué delincuente eres?

Este corolario exige una mayúscula cautela en el análisis de la neurociencia con el positivismo criminológico, precisamente para no inhumanizar el Derecho Penal, es por esto que la introducción de esta tendencia que aquí se hace no afirma ni niega categóricamente. Dudas y certezas sobrevuelan el valor científico de esta nueva idea y la trascendencia de lo que ocurre en la *zona orbitofrontal*.

La posmodernidad de este siglo XXI, sugiere la fragmentación y dislocación del pensamiento, el interés por lo superficial, lo efímero, lo desechable. Se rechaza la unidad, lo duradero y el orden. No hay una realidad objetiva. Las verdades son líquidas. Nace el mundo virtual donde lo que no está en los buscadores carece de existencia, allí y en la realidad.

Se impone un acertijo irresoluto: ¿Vale la pena la pena?

CAPÍTULO 2

CONSIDERACIONES GENERALES. DOGMÁTICA JURÍDICA

1. Concepción genérica de la autoría. Teoría Unitaria. Delimitación. 2. Rol en eI quehacer delictivo: Teorías Diferenciadoras. 2.1. Tesis subjetiva. Crítica. 2.2. Tesis objetiva. 2.2. Tesis del dominio del hecho. 2.2.1. Generalidades. 2.2.2. Críticas y extensión de la teoría. 2.2.2.a. Delitos de infracción del deber y actuación del extraneus. 2.2.2.b. Delitos de propia mano. 2.2.2.c. Delitos con requerimientos subjetivos especiales. 2.2.2.d. Delitos imprudentes y coautoría.

1. CONCEPCIÓN GENÉRICA DE LA AUTORÍA. TEORÍA UNITARIA. DELIMITACIÓN

¿Quien "hace" un delito es su "autor"?

La respuesta parece simple: SI. Pero si llegamos a una escena vemos una persona muerta, alguien con un revólver en la mano. Un taxista estacionado que trasladó al psicópata del marido emocionado y engañado, enterándose en el viaje lo que haría. La esposa del ejecutor se encuentra parada en la acera. A su lado un policía que no intentó siquiera evitar el disparo fatal. Hay una armería a pocos metros donde el ejecutor compró el arma transmitiéndole el propósito al dueño, quien inclusive le recomendó el calibre para mayor efectividad. Dos jóvenes que alentaban al agresor están a diez metros del yaciente cuerpo. Una persona le dijo al agresor: "ésta es la persona que te está engañando", por lo que el encartado efectuó dos disparos hacia el cuerpo de quien yace en el piso… lo curioso es que la munición que da muerte no pertenece al arma del imputado…

Afirmar que el autor directo realiza actos ejecutivos que han de ser actos típicos,[1] límita el análisis del complejo problema de la autoría jurídico-penal a un plano muy básico, por demás sencillo frente a los matices de este tema en cuestión.

Es un más difícil la tesis de la autoría si como dice Kaufmann, "toda norma rige para todos", requiriendo sólo la "concreción de la norma con respecto a un individuo determinado que entre en consideración en relación al acto concreto que es objeto de la prohibición".[2] Tomando este sentido vemos que debemos cuidarnos de aceptar que la norma con meridiana claridad y sencillez se referirá a la persona humana "instrumentalizada", al "aparato de poder" que conduce y "decide", a los "codominantes", a los "funcionales" a cualquier "interviniente", etc., como si todo fuera cuestión de todos.

La dogmática jurídico penal tradicional que planteaba la existencia casi exclusiva de autores individuales o de personas que actúan en concierto y en ejecución de un plan común más o menos delineado,[3] se ve sacudida por la aparición de nuevas formas delictivas producto de las constantes mutaciones cambios sociales, y del fenómeno de globalización.

Tomando un conocido ejemplo del Antiguo Testamento de la Biblia judeo-cristiana, el libro del Génesis pantea un dilema, un problema de dogmática jurídico-penal. En el relato bíblico aparece la instigación en cadena encarnada en la serpiente que induce a Eva, la cual instiga a Adán, de manera, que en lo prístino, el Diablo interviene promoviendo o provocando un obrar doloso en la mujer.

Eva desempeña su rol y "determina" a Adán, que a la postre será el autor directo. Es una obra colectiva en la que Eva le garantiza impunidad a su "socio", su pareja. Sin sumar a la complejidad de la situación excepciones (por ejemplo im-

---

[1] BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Obras Completas*, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, p. 1073.

[2] ROXIN, CLAUS, *Teoría del Tipo Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 22. Versión castellana: Enrique Bacigalupo.

[3] CASTILLO ALVA, JOSÉ, "Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder", AAVV, en *Sistemas penales Iberoamericanos*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 579.

putación objetiva, exculpaciones, causas de justificación etc.), Adán sorprendentemente compromete al mismo Dios que le diera existencia en el momento mismo de su descargo. Fue Dios quien colocó a Eva en el paraíso, a su "funcionario público" que a todas luces será protagonista del primer acto de corrupción. Eva entonces sería para Adán quien traería la palabra de la ley y en definitiva quien lo "autorizaría" a comer de la manzana. Eva, ya equiparada a funcionario, minimiza el riesgo prohibido, es más –según Adán–, le ratifica que estaría en una zona de "riesgo permitido".[4] Contrariamente, Adán sabía con claridad de la prohibición, situación que Eva también conocía. No obstante, ambos encaminan su conducta a la realización del "tipo objetivo" o "quebrantamiento de la norma".[5]

El encadenamiento de responsabilidad hasta realizar su fatal suerte es el siguiente: La serpiente, primigenia instigadora, logra que Eva convenza a Adán para que tome el fruto del árbol prohibido, cometiendo grave falta a la ley divina, Eva "determinó" y Adán "materializó" el "crimen", siendo Adán quien a priori parecería tener las riendas del hecho por ende llevando consigo el reproche sobre el dominio. Similar es el planteo en el ámbito de la literatura y de las artes; El pintor de un óleo es el autor de la obra, asi como en la literatura en general quien escribe un libro es el autor-creador, diferenciándose de quien colabora en su preparación corrigiendo actualizando, compaginando, etc.

Al dar vida a una pintura, los estudiantes y asistentes, que mezclan materiales haciendo uso de sus especiales conocimientos, con dedicación y observación, son sus partícipes más importantes, pues su entrenamiento en la preparación los hace imprescindibles. Pero su actuar esencial no se equipara con el cuadro mismo. Asimismo los compradores, aprovisionadores de pinturas, son colaboradores no esenciales, o mejor dicho, partícipes secundarios, pues su aporte, si bien reviste cierta trascendencia para la obra, no resulta en definitiva esencial.

---

[4] PARMA, CARLOS, *Culpabilidad, Lineamientos para su Estudio*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, p. 19.

[5] El tema se trata en: JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

La cuestión de la autoría y la participación es amplia que difícilmente pueda hacerse un planteo unidimensional que abarque solo al Derecho Penal, pues es en rigor de verdad, una noción general que, entre otras cosas, también juega su rol en lo jurídico-criminal,[6] sin perjuicio de las consideraciones interdisciplinarias.

Si hicieramos uso de una hipérbole todos serían responsables de todo siendo la normal justamente lo contrario, no todo tiene que ver con todo.

Ponemos al salvo la importancia que la dogmática jurídico penal, guarda en la materia de autoría y participación como debate conceptual.[7] La estructura analítica y jerarquizada del delito es el disparador del debate, según señala El Maestro Carlos Lascano; cuyo contenido ha transmutado al mismo tiempo que ha mantenido un derrotero incólume pese a la influencia de otras ciencias.

Dice una máxima aristotélica que "no puede existir una buena práctica sin una teoría que la respalde, pues el obrar no puede ser ciego".

Asi es que Lascano se apoyandose en Schünemann resume las cinco grandes etapas que ha atravesado la dogmática penal desde 1871: el naturalismo (hasta 1900), el neokantismo (hasta 1930), la perspectiva totalizadora e irracionalista de Dahm y Schaffstein (hasta 1945), el finalismo (hasta 1960) y el funcionalismo (en los últimos treinta años del siglo XX).[8] Vale dejar sentado que estas distinciones responden a modelos y contextos políticos, filosóficos, económicos, sociales y culturales determinados, es lo que Zaffaroni llama "enajenación política" de la dogmática jurídico penal latinoamericana.[9] El citado anteriormente nos

[6] ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar, 2ª edición, 2002, pp. 767 y ss., donde señalan los autores las discrepancias que existen entre las corrientes que afirman que las categorías de "autor" y "partícipe" pertenecen a la vida corriente, a la experiencia cotidiana, de aquellas que consideran que son construcciones meramente normativas.

[7] CEREZO MIR, J., Revista "Nuevo Pensamiento Penal", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972, pp. 217 y ss.

[8] LASCANO, CARLOS, "Tendencias actuales de la dogmática jurídico penal", en *Tendencias Modernas del Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 67.

[9] ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, "Política y dogmática jurídico penal", en *Crisis*

invita a repensar lo imperioso de una "nueva dogmática jurídico penal limitadora, un nuevo método".[10]

La génesis misma de la dogmática jurídico penal puede hallarse en el tema de la autoría con componentes fácticos también, condicionada en cada planteo por el pensamiento que en cada época ha marcado o delineado un paradigma sobre la noción autor-partícipe.

¿Cuándo un resultado es provocado por el accionar del hombre? Ante la concurrencia de varias personas ¿Cómo juegan los roles que generan mutaciones en el mundo exterior? Primeramente se deben buscar parámetros de delimitación.

Siguiendo los lineamientos de Von Buri,[11] se puede decir que un resultado es causado por una conducta cuando, suprimida esta última, aquél desaparece. Así, interpretamos que la muerte de la víctima ante el disparo de un arma, es causada por una conducta: jalar el gatillo del revólver disparando el arma de fuego.

De este ejemplo nada concluimos todavía sobre los parámetros para diferenciar al autor del mero partícipe o colaborador, pues pueden haber otras conductas causantes del resultado; es decir, otras condiciones que también resulten ser causa del resultado, siguiendo los lineamientos de la *condictio sine qua non*. Hasta aquí solo vemos que el proceso causal lesivo se originó en una conducta y sabemos que el resultado es producto de una acción.

Si adicionamos al caso que antes del disparo, un tercero le hizo entrega del arma al sujeto que realizó la acción de disparar, la entrega del arma vendría a ser una condición causante del resultado como la de disparar el dispositivo, pues siguiendo la

y Legitimación de la Política Criminal, del Derecho Penal y Procesal, Editorial Advocatus, Córdoba, 2000, p. 59.

[10] ZAFFARONI, EUGENIO, "La urgencia de un saber garantizador", en *Tendencias Modernas del Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 63.

[11] ZAFFARONI-ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 460. Igualmente, en la cita que realiza Enrique Bacigalupo (*Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 493), con respecto a la obra de Von Buri, "Die Causalitat und ihre strafrechtliche Beziehungen", 1885.

lógica antes planteada, la supresión de ambas conductas eliminarían el resultado muerte. Ambas serían condiciones causales del resultado sin las cuales éste no se habría producido.

Podriamos ser más arriesgados aún y endilgarle responsabilidad también por el resultado lesivo al sujeto que ensambló el arma de fuego, al que preparó sus materiales y componentes, al vendedor del arma que puso en manos del tercero que luego la entregó al que la disparó. Todas y cada una de estas intervenciones son condicionantes del resultado, pues la supresión mental de cualquiera de ellas lo elimina.

El parámetro de la mera causalidad del resultado a los efectos de su imputación –también causal– al obrar humano, es insatisfactorio al ser imposible diferenciar autores de simples colaboradores. Al fin y al cabo como se puede apreciar todos terminan siendo autores al aportar condiciones sin las cuales no se produciría la modificación del mundo exterior.

Esta tesis **unitaria de autor,**[12] que impide la posibilidad de diferenciación entre autores y partícipes va en detrimento del Código Penal Argentino vigente, que en su **artículo 45** diferencia entre quienes *ejecutan* el hecho, *tomando parte* en el mismo, y los que *prestan un auxilio* al autor, independientemente del carácter de esencial o no esencial del aporte.

Carlos Creus definía como autor a todo aquel que realiza la acción descripta por el tipo,[13] no obstante no tener referencia directa en nuestro código. Por esto Vidal nos dice que es posible extraer esta idea de la singular noción de coautoría, lo que implica decir que autor es el que ejecuta el hecho.[14]

La legislación argentina presenta una diferencia entre el autor y el partícipe, dejándose así de lado la teoría unitaria, porque de otro modo esto significaría una infracción al principio de

[12] DONNA, E. A., *Derecho Penal. Parte General, Tomo V*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2009, p. 330. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., pp. 767/8, cuando refieren que de aquellas corrientes dogmáticas que propugnan un concepto de autor y partícipe puramente legislativo, se deriva una tesis unitaria de autor, donde aquél es el que aporta a la ejecución delictiva, tesis seguida por el Código italiano de 1930.

[13] CREUS, CARLOS, *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*, Editora ZEUS, Rosario, 1977, p. 156.

[14] VIDAL, HUMBERTO, *Derecho Penal Argentino. Parte General*, Editorial Advocatus, Córdoba, 1992, p. 411.

legalidad al pretender imputar, por la mera causación del resultado, a todos sus causantes como sus autores, cuando la norma efectivamente hace una distinción. Aún así Argentina, España y Colombia (art. 23) en sus sendos códigos penales, no nos dan una definición de autor.[15] La ley argentina no hace precisiones en torno a cuándo o cómo se toma parte en la ejecución del delito y cuando sólo se presta una ayuda para su concreción.

Es últil a estos efectos analizar las opiniones que sostenían en el siglo XX los autores clásicos (causalistas) del Derecho Penal argentino

Sebastián Soler manifiesta que *"autor"*, es, en primer lugar, el sujeto que ejecuta la acción expresada en el verbo típico de la figura delictiva, siguiendo la literalidad del art. 45 del Código Penal; este alude a "los que tomasen parte en la ejecución de hecho". Están contemplados aquí el sujeto que solo y por sí ejecuta la acción, como los que la ejecutan directa y conjuntamente con otros.[16]

Ricardo Núñez dice, por otra parte, que este citado artículo no tiene la intención de proporcionar definicicón alguna del autor del delito, sino de la coautoría o pluralidad de autores, siendo una regla de participación criminal. Sin embargo, la redacción del mismo desliza que el autor es el que ejecuta el delito, el que pone en obra la acción o la omisión definida por la ley, concluyendo que cada tipo delictivo equivale entonces a una forma de autoría. A esto adicionaba la idea de que el autor puede ejecutar por sí mismo el delito, con sus manos o por medio de un instrumento.[17]

Jiménez de Asúa se enrola también en esta postura diciendo de los autores que: "*Suele definírseles como los que toman parte directa en la ejecución del hecho. Autor es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito in species*".[18]

---

[15] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 310.

[16] SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992, p. 286.

[17] NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 4ª reimpresión, 1987, p. 235.

[18] JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Editorial Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 501.

La tesis extensiva del autor, que representa la teoría unitaria pretendió, en el devenir histórico, paliar el problema que representaba entender a quien entregó el arma como a quien disparó, como autores del homicidio. El medio empleado fue el reconocimiento de la atenuación[19] de la magnitud de la respuesta penal ante el aporte de menor importancia, este dependería entonces de la mayor o menor energía criminal.

Desde una perspectiva *material* puede considerarse autor a toda persona que de algún modo ha cooperado a la realización de un acontecer típico; sobre la base de una diferenciación de fondo de los diversos aportes de autoría, es posible castigar como autor sólo a la respectiva figura central. Esto da lugar a dos opciones sistemáticas: Un sistema unitario, orientado al autor, y otro que distingue entre el autor y los cooperadores en el hecho.

No obstante desde el ángulo de las penalidades, la menor pena del que entrega del arma con respecto a la del que dispara no resuelve la flagrante violación del principio de *lex scripta* y *lex stricta*, pues ambos responden, en la base, como autores, siendo que ya, desde el plano lógico, se impone una diferenciación de estas nociones.

Positivamente se podría evaluar la admisión de una menor respuesta conforme al menor aporte como una forma de favorecer la posición de las teorías diferenciadoras, pues aunque la tesis unitaria pretende mantener la unidad autoral, introduciendo el índice de la menor energía criminal, indirectamente admite la existencia de diferencias en los aportes, que justifica una diferente respuesta penal.

La coherencia exige de esta teoría, que toma como base de la imputación la mera causación, que no exista objeción alguna por parte de sus sotenedores para que tanto el entregador del arma como quien dispara reciban la misma pena como causante y responsables.

La teoría unitaria, analizada desde un plano filosófico, responde a los lineamientos de una postura idealista, donde las ideas crean al objeto de conocimiento; pero es menestrer según nuestro parecer adoptar una postura epistemológicamente

[19] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 771.

realista, donde los objetos existen por fuera de las ideas que, en todo caso, los aprehenden.

Villavicencio Terreros postula que esta tesis responde a una postura político criminal que considera que se debe castigar por igual a todos aquellos que intervienen en un hecho delictivo. Encubre sútilmente en sus cimientos al Derecho Penal de autor, que busca determinar a priori la peligrosidad innata del delincuente. El tratadista peruano trae a colación a los emblemáticos defensores de esta teoría: la corriente nacional socialista de la Escuela de Kiel, partidaria del Derecho Penal de la voluntad.[20]

Es válido también resaltar que la teoría unitaria tampoco resuelve satisfactoria y acabadamente el problema que se plantea ante la concurrencia de personas en la comisión de delitos de propia mano[21] (por ejemplo un sujeto sostiene a la víctima para que otro la acceda carnalment, aquí el abuso sólo lo puede cometer quien *accede carnalmente* a la víctima; el que la sujeta al sujeto pasivo, quien sería cómplice necesario), lo mismo con los *delicta propia*[22] (el autor debe reunir caracteres especiales como por ejemplo el instigador del testigo falso que se presenta como coautor del falso testimonio de éste último). Asimismo se generan incoherencias graves en la llamada autoría mediata, donde el instrumento puede obrar sin dolo o en forma inculpable, resultando contradictorio equiparar el carácter básico de imputación cuando existen disparidades de tanta entidad, sea en el deslavor de la acción o en el grado de reproche y del instrumento.

Volvemos a insistir en que distinguir entre los aportes equivale a reconocer diferencias en la insidencia es decir, diferencias en los factores y criterios de imputación. En conclusión, implicaría confesar que autor y partícipe son fenómenos diferenciables que responden al mundo de lo fáctico y de los hechos, el cual el derecho debe respetar y reglar. Admitir directamente el fracaso de la teoría en el mundo real, requiere a penas de un pequeño paso.

---

[20] VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Grijley, 2006, Lima, Rep. de Perú, ac. 1007.

[21] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 771, ídem DONNA, E. A., ob. en cita, p. 333, punto c.4).

[22] DONNA, ob. cit., p. 333, punto c.3).

Como paso a seguir en el análisi es conveniente revisar las teorías que a la postre fueron elaboradas para diferenciar esos aportes y caracteres que definen al autor y al mero colaborador. Dentro de esta categorización están reunidas en el género de las "teorías diferenciadoras", por oposición a la tesis unitaria de autor, de poco éxito en la aplicación al mundo real.

2. ROL EN EI QUEHACER DELICTIVO: TEORÍAS DIFERENCIADORAS

El principio común de estas teorías es que diferencian los distintos roles cumplidos por quienes toman o tomarán parte en el hacer delictivo. Así, aún con dificultades conceptuales, los sostenedores de las llamadas "teorías diferenciadoras" han elaborado distintos criterios para diferenciar al autor, del cómplice. Han mostrado con ellas una respuesta que se amolda a la noción de un Derecho Penal democrático.

Con diferencias y similitudes sin dejar de lado la multiplicidad de variables, ajenos a criterios clásicos[23] podemos catalogar a estas teorías en tres grupos básicos, basados en: 1. La tesis subjetiva; 2. La tesis objetiva; y 3. La tesis del dominio del hecho.

Las teorías subjetivas, son teorías de la subjetividad objetivada y se diferencian de las objetivas en los indicadores que se deben tomar en consideración para determinar la participación.

Las teorías objetivas interpretan las conductas de los partícipes sobre la base de los indicadores del significado exterior del hecho. En tanto las subjetivas sólo comprueban un mínimo de exterioridad y recurren a indicadores que permiten conocer la dirección de la voluntad del partícipe.[24]

---

[23] NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 245. Núñez en su época señalaba que la teoría formal objetiva y la material objetiva, en tanto sus actualizadores, agregaron teorías causales y del dominio del hecho.

[24] BACIGALUPO, ENRIQUE, "Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación", *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología*, Nº 63, Editorial Lerner, Córdoba, 1996, p. 19.

2.1. Tesis subjetiva. Crítica

Confirma la propia subjetividad del autor para diferenciar a éste de su cómplice.

Esta corriente se inicia con base en la teoría de las equivalencias de las condiciones,[25] (Alemania, 1930) mediante la cual, objetivamente y desde el puro plano causal, toda condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que con ello desaparezca el resultado es causa del mismo, motivo por el cual la diferenciación entre autoría y cooperación debe indagarse en el terreno de la subjetividad de los intervinientes, pues ello resultaría imposible –según los defensores de la tesis– en el plano objetivo, donde tanto autores como partícipes aportan, por igual, condiciones al resultado. Son autores "todos los que efectúan un aporte a la realización del injusto".

La teoría subjetiva entendió que *autor es el que quiere el hecho para sí y cómplice el que quiere el hecho como de otro*.[26]

La ley obliga a distinguir diversos grados de responsabilidad, por ende la distinción entre el autor y los otros participantes en el delito debe hallarse en la *dirección subjetiva* de la voluntad,[27] en el compromiso interno del sujeto con el hecho: si lo sintió como propio, es autor, si lo fue como ajeno, es partícipe.[28] Será autor el que obre con *animus auctoris*, y cómplice quien lo haga con *animus socii*.

Los tratados de Derecho Penal, publicados en Alemania desde el fin de la primera guerra mundial hasta entrada la década de los años setenta, buscaron el límite del "autor" y su intervención en el terreno del dolo, afirmando que autor será aquél que decide el avance hacia la consumación con voluntad

---

[25] Donna, Edgardo, ob. cit., p. 334 y ss., ídem Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. cit., p. 772; al igual que Bacigalupo, E., obra ya cit., p. 493.

[26] Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 118.

[27] Roxin, Claus, "Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal", en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 55.

[28] AAVV, Zavala, María Ester, "De la autoría y de la Participación en el Código Penal Argentino", en *Temas de Derecho Penal Argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 305.

independiente y, que el partícipe es quie subordina su voluntad a la decisión ajena, la cual encabeza el autor.

Estos postulados se daban en pleno enfrentamiento entre causalistas y finalistas, donde uno de los temas centrales sería justamente la ubicación sistemática del dolo. En extensos estudios Muñoz Conde llega a la conclusión que este debate permitía evitar el compromiso político en contra de los regímenes dictatoriales.[29]

Von Buri en referencia a lo citado ut supra decía que "*lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad del autor y en la dependencia del partícipe. El partícipe quiere el resultado, sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor*".[30]

El cooperador quiere el hecho en forma condicional a la voluntad del autor, tiene un dolo que abarca justamente la mera cooperación en el hecho ajeno, esto comprueba que su decisión injusta depende de la del autor, lo cual es propio de una participación criminal caracterizada como accesoria con respecto a la autoría, naturalmente ajena.

Volviendo a ejemplo de párrafos anteriores, el suministrador del arma de fuego resulta ser cómplice, pues quiere el hecho sólo si el autor dirige la causalidad en el sentido de lograr la consumación, en virtud que, bien podría ocurrir que, pese a entregar el arma, el autor desista de la tentativa inacabada de homicidio, con lo cual se patentizaría un punto a favor de esta teoría.

Si bien puede afirmarse tentativamente que existe un distanciamiento entre la acción de entregar el arma y la acción de dispararla, pues la primera conducta causa mediatamente la muerte de la víctima, dependiendo esta de la obra del autor. Sin embargo no es menos cierto que, realizando un juicio ex post

[29] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "La polémica causalismo-finalismo en el Derecho Penal español durante la dictadura franquista", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Nº 11, diciembre 2014, Buenos Aires, p. 15.

[30] DONNA, E.A., ob. cit., p. 335, en cita efectuada a Von Buri, "Die kausalitat und ihre strafrechtlichen Beziehungen", p. 41.

facto, ambas conductas son condición del resultado, únicamente en el caso del fallecimiento provocado por el disparo. Además, si por otro parte realizamos, un juicio ex ante, se verifica que la conducta de entregar el arma no causa inmediatamente el deceso, pues el resultado depende de una acción posterior, accionar el arma, que sí podemos decir que ex ante se muestra como una causa inmediata del resultado lesivo, como su condición.

El autor español Gimbernat Ordeig dirigió críticas a la tesis enfocándose en el aspecto objetivo. Intentó desvirtuar la imposibilidad de hallar diferencias en lo objetivo, habida cuenta que pese a que causalmente los aportes del autor y del cómplice son, por igual, condición del resultado y su causa, no es menos cierto que existen diferencias *a simple vista* entre los aportes. Acude nuevamente para esto al ejemplo ya analizado.[31]

No genera consenso en la doctrina especializada la sugerencia de recurrir al ámbito hipotético tan basto como complejo de las ideas que habitan la mente en de las cuales podemos decir que se constituyen en causas directas, indirectas o remotas, ello es motivo de su tenue aceptación científica.

Para evitar equívocos entonces, primero se debería aclarar si se realiza un juicio ex ante o ex post, siempre teniendo presente qué modificación del mundo exterior produjeron las conductas realizadas por la concurrencia de personas en el ilícito penal. Así, las afirmaciones que hemos realizado se pueden compobar perfectamente a través de un juicio ex post facto: Si el autor disparó el arma de fuego, tanto esta acción como la entrega del arma fueron causa del deceso, fueron condiciones sin las cuales el resultado no se habría producido; pero si el disparo no se efectuó, no se configurará ni completará el tipo objetivo de homicidio, cayendo la conducta de entregar el arma en la misma nada jurídica, salvo supuestos específicos de imputación por tenencia ilegal de armas, pero que es un tipo que nos aparta de la discusión central de este texto.

Otra variable de la teoría subjetiva, hizo también hincapié en la tesis del interés en el hecho, mediante la cual autor será

[31] GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 2ª ed., Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 28.

aquél que quiere el delito como propio, mientras que el cómplice actúa conforme al interés ajeno al que se subordina.

Las serias dificultades que enfrenta esta teoría pueden ser vistas en reconocidos fallos; uno de ellos el "caso de la bañera", la madre, que había dado a luz a su bebé, le pide a su hermana que lo ahogue en la bañera, la cual cumple con la petición. El Tribunal Imperial Alemán argumenta que esta última actuó en interés ajeno, careciendo de *animus auctoris*, por lo que es considerada cómplice, pese a que realizó la acción de ahogamiento del infante. Se cirtica que hubiera sido mucho más coherente afirmar la autoría de la hermana y a la madre considerarla una instigadora, pues activó el dolo de la autora.

Otro caso el del "sicario Statschinscky" se dijo que el mismo recibió el encargo de asesinar a dos políticos, los cuales tenían asilo en Alemania Federal, lo cual fue cumplido por Statschinscky, actuando en forma plenamente libre y sin coacciones, de manera que no podía esbozarse un caso de autoría mediata. Según cita Donna, el BGB alemán consideró que si bien "*quien comete de propia mano la acción de matar es autor, pero que, en este caso, el agente no era el interesado en el hecho, sino que los interesados eran quienes encargaron la muerte, y, por tanto, Statschinscky actuaba en interés ajeno y era un mero cómplice*".[32] Aquí también lo lógico hubiese sido considerar al sicario autor del crimen y a los interesados contratantes, como instigadores del mismo.

En vistas a lo enunciado se estima que, el trasfondo de este tipo de decisiones, comprueba el amplio margen de manipulación con que cuenta la Judicatura que está a cargo del decisorio, pues *no son los roles de la intervención los que deciden sobre la sanción posible, sino que la sanción deseada decide sobre los roles de la intervención*.[33] Los casos antes expuestos aparecen aberrantes ante los ojos de la sociedad y al juzgador de turno, le conviene declarar a los autores por el interés en el resultado, y no como meros inductores.

Partiendo desde la teoría del interés, podría complicarse aún más la mecánica de la lógica de los casos, llegándose al

[32] DONNA, ob. cit., p. 337, nota al pie.
[33] STRATENWERTH, ob. cit., p. 374, punto 14 in fine.

absurdo resultado de que quien comete el hecho sería solamente un cómplice de un interesado que en ningún momento habría manifestado ese interés ni autorizado el hecho. En virtud de esto podríamos arriesgarnos a considerar sólo cómplice de asesinato, al hijo que mata a su padre, en razón de que habitualmente éste, en estado de ebriedad, golpea salvajemente a su madre, siendo que ésta en ningún momento le pidió cometer el hecho, o pensarse como cooperador de hurto a aquél que se apropia de una cosa comestible ajena, para entregársela a un individuo en situación de calle (mendigo), el cual, enterado de la procedencia de la comida, la rechaza por motivos morales.

En los dos supuestos planteados, el homicida y el que hurta cometen los delitos en interés ajeno, mas el interesado no autoriza ni consiente el crimen, arribando a una suerte de "*delito en comisión o representación*".

Nuevamente la teoría se coloca al borde de su refutación, pues nos hallamos ante casos de delitos sin autor, pero con un cómplice, con la incoherencia que ello implica para una cooperación que siempre es accesoria. Esta última característica, esencial, se ve afectada porque como ya dijimos son delitos donde el "cómplice" comete el crimen para un "autor" que no autorizó el acto, pese a su eventual interés en el resultado final.

Stratenwerth, acertadamente afirma que "*basarse exclusivamente en el lado subjetivo, por otra parte, genera el peligro, tal como lo demuestra la práctica, de que la cuestión de quien ha cometido el hecho sea decidida según cuál sea la pena que merezca un interviniente: entonces, autor es aquél cuya conducta aparece como la más reprochable de todas, con total independencia de cuán grande haya sido su aporte al hecho, o bien, a la inversa, no lo es aquel cuya conducta, si bien cumple el tipo, es clasificada, por cualquier razón, como menos reprochable. Si se procede de ese modo, no se puede hablar de determinación legal de la pena*".[34]

[34] STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I (El hecho punible)*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, pp. 372/3, punto 13.

Estas indicaciones predecendetes vienen a reforzar un criterio sustancial en la dogmática jurídico penal que ataca los cimientos de la teoría subjetiva: el Derecho Penal es de acto y no de autor.

Otras voces que se alzan contra esta tesis subjetiva del interés, alegan que existen delitos que se cometen siempre teniendo en cuenta solamente el interés ajeno,[35] como el homicidio por piedad, legislado en nuestra región en Colombia (art. 106), así como en Perú (art. 112), o el socorro o asistencia en el suicidio (art. 107 del digesto colombiano, art. 83 del Código Penal Argentino; art. 113 del texto penal sustantivo peruano).

La doctrina es unánime en afirmar que se viola el principio de legalidad,[36] pues la consideración de la autoría teniendo únicamente en miras el interés en el resultado hace que responda como autor quien se beneficia con la consumación aun cuando éste no realice una conducta conforme al tipo, pero no quien comete el hecho, quien actúa conforme al verbo típico, Decir que la madre, en el caso de la bañera, es la autora del hecho, violenta el principio de legalidad, pues instigar a cometer un homicidio dista claramente de ahogar a un bebé en una bañera. La inducción no puede equipararse al sumergimiento del niño.

Una interesante y nueva derivación de la tesis subjetiva resulta del análisis que hace Bacigalupo utilizando para el mismo las ideas de Baumann. Expresa al respecto que "*los modernos partidarios de la teoría subjetiva consideran que la voluntad de dominio del hecho es un indicio eficaz de la existencia del interés en el resultado. Por consiguiente, se afirma, que debe ser considerado coautor el que quiere dominar el hecho, aun cuando carezca de interés en el resultado, así como el que tiene interés en el resultado, aun cuando su contribución al hecho no sea esencial. Por el contrario, será cómplice o cooperador el que no quiere dominar el hecho ni tiene interés en el resultado, o el que no tiene interés en el resultado y sólo contribuye de manera no esencial al hecho, así como el que tiene un reducido*

[35] MAURACH, GOSSEL y ZIPF, *Derecho Penal. Parte General*, trad. 7ª ed. alemana, por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, 1995, tomo II, p. 305.

[36] DONNA, ob. cit., p. 340; MAURACH, GOSSEL y ZIPF, ya citado, p. 306.

interés en el resultado y sólo realiza una aportación no esencial al hecho".[37]

La voluntad de dominio se erige en el criterio de un método eficaz para evitar o al menos atemperar las inconsistencias antes descritas, pues, tomando los ejemplos antes dados, referido uno de ellos al caso del sujeto que mata al padre en interés de la madre, aun cuando ésta no expresó ese interés, se muestra coherente su deconstrucción con el enunciado de la teoría, pues el individuo que comete el hecho claramente ostenta una voluntad de dominio del suceso, pese a ejecutar el delito sólo en interés ajeno.

Es así que esta variable del subjetivismo presenta dos frentes de la autoría bien claros. Por un lado la clásica autoría por el interés, aun cuando no se realice un aporte gravitante para el resultado; pero, por otro, se corrigen las inconsistencias de la tesis del interés, exponiendo que, pese a darse la ausencia del mismo, también será autor el que tenga voluntad de dominio del hecho.

Formalmente, lo central sigue siendo el interés por la consumación delictiva, esta nota podemos deducirla del carácter indiciario que se le asigna a la *voluntad de dominiocomo indicador de* que se tiene un *interés* en el resultado, la escisión de este interés con respecto a la voluntad de dominio, hace que tome el protagonismo la intencionalidad de dominar la configuración criminal. Es en los supuestos donde el autor carece de interés consumativo, y pese a lo cual se afirma la autoría, en donde el interés deja de ser lo esencial aunque, discursivamente, se propugne lo contrario.

Por ende, esta variable subjetiva no debería catalogarse como tan partidaria "*del interés*", sino de la lisa y llana *voluntad dominativa del hecho*.

Opinamos que entonces esta tesis tendrá serias dificultades para explicar, desde la mera voluntad de dominio, su chance de aplicación tanto a la autoría dolosa como culposa. Un ejemplo es la autoría en los delitos imprudentes, pues allí el sujeto no domina el acontecimiento, simplemente porque actúa sin dolo,

[37] BACIGALUPO, *Derecho Penal*, obra antes citada, p. 493.

de lo cual se deduce que mal puede tener *voluntad de dominar el hecho*, obrando, inclusive, desconociendo los factores de la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado en razón de su actuar negligente o descuidado.

2.2. Tesis objetiva

Con origen en tiempos del causalismo en la doctrina alemana, tuvo su auge entre 1915 y 1933.

Su primera versión fue la denominada **teoría formal-objetiva**, la cual parte de un enunciado muy sencillo: S*erá autor quien obre conforme al verbo típico respectivo*. Dicho de manera más sencilla el autor es quien ejecuta personalmente todo o parte del verbo típico.[38]

Conforme a ello, será autor de homicidio quien *mate* al otro; del hurto, quien *se apropie de la cosa mueble ajena;* o de abuso sexual con acceso carnal o violación quien *tenga acceso carnal, por cualquier vía, sin el consentimiento de la víctima*.

Esta idea de "realizar el tipo objetivo" cobró protagonismo efectivo en la década de los años 30. Así mediante los criterios objetivos desprovistos de una subjetividad determinada en el análisis de la autoría y participación criminal se pretendió dar un giro a la cuestión de la diferencia entre autor y partícipe, buscando respuestas en el tipo objetivo, desde cual se intentó encontrar seguridad y fiabilidad.

No obstante esta tesis, a pesar de su aparente sencillez no está exenta de problemas conceptuales.

Roxin demuestra que la coautoría resulta inexplicable por este criterio[39] mientras que Bacigalupo considera que la fórmula de esta teoría, la cual muchos autores consideran que es deducida de los respectivos tipos de la parte especial, del catálogo de delitos, solamente brinda una solución meramente ilusoria, pues el hecho que el autor del homicidio sea quien *mate a otro*

[38] AAVV, De Casas, Carlos, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2012, p. 169.

[39] Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 312.

no resuelve el conflicto de interpretación, allí cuando son varios los sujetos que, mancomunadamente, ejecutan el hecho. Ilustra diciendo que en la dogmática jurídico penal española predomina el punto de vista según el cual el concepto de autor en sentido jurídico-penal debe inferirse de cada uno de los tipos de la parte especial.[40]

Bacigalupo dice que el único fundamento admisible para dar cabida al autor mediato en la teoría formal objetiva sería recurrir al uso del lenguaje de la vida que permitiría alcanzar como autores también a los que se valen de otro para realizar la acción típica. Tal argumento fracasa también en la medida en que renuncia a la realización personal de la acción típica, que es el punto de partida de la teoría. Tomemos un ejemplo seguiendo al pie de la letra la tesis formal objetiva, un individuo que sujeta a la víctima para que otro la apuñale, sólo sería un cómplice, pues no cumple el verbo, pues *sujetar* no es *matar,* pero claro que esto deja abierto la interrogante de si este criterio es adecuado cuando hubo una planificación común para cometer el homicidio de esta forma.

El concepto restrictivo de autor, el cual debería surgir del enunciado teórico estudiado, radica en la circunstancia de "*tomar parte directa en la ejecución del hecho*" que imposibilita diferenciar a los autores, de los partícipes o cómplices, pues la fórmula de *tomar parte* abarca ambas formas de participación, se vuelve extensivo, y este sentido amplio se ve en el hecho de que tanto autores como cómplices toman parte en la ejecución delictiva.

Las críticas que se le formulan son de tal magnitud que echan por tierra la validez de la teoría. La misma carece de un enunciado que permita abarcar, adecuadamente, a la autoría mediata[41] y a la coautoría,[42] ya que si la autoría sólo se debe definir a partir de la intervención *personal* en el hecho, actuando conforme al verbo típico, entonces queda claro, en el ejemplo, que el hombre que sujeta por detrás no actúa directa

[40] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 189.

[41] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 773; BACIGALUPO, ob. cit., p. 492.

[42] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ibídem.

ni personalmente, pues lo hace utilizando al instrumento, al cual domina; mientras que en la coautoría se puede dar, en los casos que no sean de coautoría concomitante, que la acción típica se aprecie fraccionada en los aportes de los diversos ejecutantes del plan,[43] como cuando en un asalto bancario uno de los sujetos apunta su arma de fuego contra los cajeros, mientras que el restante toma el dinero de las cajas. Mal podría pensarse, teniendo en cuenta la finalidad delictiva y el plan desplegado, que el primero comete unas amenazas agravadas por el uso de armas, mientras que el segundo ejecuta un hurto calamitoso, en razón del aprovechamiento de la especial situación de desamparo de los guardianes del dinero. El reparto funcional de roles y el dominio del hecho los hace responder a ambos por el delito de robo agravado por el empleo de armas de fuego. No puede considerarse que el autor mediato cometa el homicidio, actuando *personalmente* y *realizando el verbo*, sólo en virtud de la colocación de balas reales en el tambor del revólver que empleará uno de los actores en la obra de teatro, valiéndose del error de tipo en el cual éste incurrirá al accionar el arma. Autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar argumentan que frente a esto, los sostenedores de la teoría formal-objetiva deberían aducir una solución absurda: una instigación, por parte del colocador de las balas, en el homicidio imprudente del actor que no corroboró la munición antes de salir a escena.[44]

Donna cita que el autor mediato debe ser equiparado al instigador,[45] lo cual tampoco puede acompañarse, en un intento por salir de esta serie de objeciones Tomando otro caso, se afirma que no sería posible sostener que un transeúnte ha sido "inducido" o "instigado" para detonar un explosivo colocado en el timbre de la puerta de un vecino por quien colocó el dispositivo. El sujeto que toca a la puerta desconoce el mal que se avecina, resultando absurdo sostener una "instigación" de alguien que obró sin dolo de matar al propietario de la casa que estalla.

[43] Ver *infra*, "coautoría funcional", en el acápite "Clases de coautoría".
[44] Obra citada, p. 773.
[45] DONNA, ob. cit., 345, con cita de Gimbernat Ordeig.

En respuesta a las objeciones hay una cierta construcción analógica, una amalgama de la inducción y la autoría que, a nuestro juicio, violentaría el principio de máxima taxatividad y legalidad en modo

Fue imperioso para los sostenedores de la tesis objetiva reformular el posicionamiento de la misma, de manera tal que recurrieron a elementos comunes del lenguaje, intentando agregarle un mayor contenido material al objetivismo autoral.

Stratenwerth, críticamente dice que las complicaciones antes apuntadas arrinconaron a la teoría formal-objetiva, a la cual sólo le quedó el camino de apelar al *uso común del lenguaje*, mediante el cual se extiende el verbo típico, abarcando también a la acción del instrumento empleado por el autor mediato, es decir, a la concreta ejecución por la mano ajena,[46] con el precio de renunciar, al menos implícitamente, al punto de partida de cometer *personalmente* el hecho, de realizar el autor, *en su persona*, el verbo típico, pues la *natural concepción* de considerar la conducta del instrumento como imputable directamente al autor mediato, pretendiendo preservar, en su lógica, la tradicional fórmula del verbo típico, se vuelve sencillamente imposible, pues el hombre de atrás se vale de otra persona.[47]

Para Villavicencio Terreros, esta teoría material objetiva "*plantea el criterio de la* ***importancia objetiva de la contribución*** *para distinguir entre autor y partícipe, con lo que trata de indagar* ***la mayor peligrosidad objetiva de la contribución****. Así, autor será el individuo que aporte la* ***condición objetiva más importante****. En la relación causal,* ***será autor quien produce la causa, y partícipe quien pone la condición***".[48] Se trataría de una ecuación formal objetiva en el plano del tipo objetivo.

Las teorías material-objetivas procuran establecer el sentido de la intervención de varias personas atendiendo a criterios de contenido, yendo más allá de la forma misma del comportamiento, siendo la más significativa la del dominio del hecho cuya fórmula más aceptada expresa: *El dominio del hecho se*

[46] BELING, *Grundzuge des Strafechts*, 11ª ed.; 1930, pp. 37, 39 s.; STRATENWERTH, ob. cit., p. 370, punto 4.

[47] STRATENWERTH, ob. cit., p. 370, punto 4.

[48] VILLAVICENCIO TERREROS, ob. cit., ac. 1018.

debe manifestar en una configuración real del suceso y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho.

El Tribunal Supremo Español ha realizado importantes aportes jurisprudenciales que permiten decir que se percibe en España una sutil convivencia de la teoría *formal*-objetiva con la teoría *material*-objetiva del dominio del hecho. Los criterios sustentados por estas teorías son, en principio, incompatibles, dado que uno considera decisiva la forma de la conducta y para el otro lo decisivo es la significación material. Sólo excepcionalmente la jurisprudencia aceptó la teoría subjetiva,[49] en diversas oportunidades hizo referencia al "interés en el hecho".[50]

2.2. Tesis del dominio del hecho

2.2.1. *Generalidades*

La teoría del dominio del hecho desde su creación ha cobrado una importancia preponderante en el ámbito de la "autoría", donde las cuestiones metodológicas tienen mayor visibilidad, pues la pregunta que se plantea el analista es si se ha de partir del texto de la ley y desde allí inferir un sistema o –por el contrario– a partir de un modelo, interpretar el texto legal.[51]

Respecto de esta tesis hay una aceptación importante en la dogmática jurídico penal en general; este criterio denominado "*dominio del hecho*", es considerado por algunos como una tesis final-objetiva,[52] y por otros como una de las especies de teorías material-objetivas,[53] que tiene su centro de gravedad en

[49] Confr. SSTS de 25-5-1969; 5-3-1970; 9-11-1983; 27-3-1983; especialmente la STS 20-10-1993. Claramente contraria a la teoría subjetiva es la STS de 23-11-1993.

[50] Confr. SSTS de 29-10-1981; 27-9-1982; 5-3-1985; 8-7-1985; 22-7-1987.

[51] Yacobucci, Guillermo, "La noción de conducta en el ámbito de la imputación", AAVV, en *Tendencias Modernas del Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, 2013, 115.

[52] Welzel, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, 1956, p. 105, cuando se refiere al "concepto finalista de autor". Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. cit., p. 773.

[53] Bacigalupo, ob. cit., p. 495, acápite 991.

la planificación llevada a cabo para lograr el fin criminoso y en la ejecución delictiva, realizada esta conforme a dicha pre ordenación.

Hans Welzel hablaba del *concepto finalista de autor*,[54] en referencia a esto, dijo en sus últimos años de vida: "Cuando en el año 1935, por primera vez tomé del ámbito filosófico (Nicolai Hartmann) la expresión finalidad no había una expresión mejor para designar "la incomparable particularidad de la voluntad como factor causal, en la que resulta posible, dentro de un determinado ámbito, anticipar mentalmente las consecuencias del hecho y a través de ello regular la intervención en el mundo de acuerdo a sentido". La más adecuada expresión para referirse a la voluntad como factor de dirección y orientación, fue la que por primera vez utilizó Norbert Wiener trece años más tarde (1948), al hablar de "cibernética" con lo que la orientación y la dirección pueden designarse correctamente desde el punto de vista axiomático, mediante esta palabra griega que ya Platón (Gorgias, 511 d) había utilizado en numerosas oportunidades. En consecuencia sería mejor hablar de una acción "cibernética" en vez de una acción "final",[55] es decir hablar de una acción como suceso dirigido y orientado por la voluntad.[56]

Esta noción finalista del autor se caracteriza y relaciona, con la conducta como acción final y con la teoría del injusto personal, el cual no es ya concebido como un puro desvalor objetivo por el resultado lesivo o de peligro (postura del causalismo), sino que se integra también con componentes subjetivos en el mismo ilícito como el dolo y la culpa.

Sin embargo otros como el maestro de Bonn, solo concebía el dominio del hecho en los tipos dolosos,[57] justamente porque la conducta se encamina allí a conseguir el fin injusto, mien-

[54] WELZEL, ob. cit., pp. 105 y ss.

[55] Welzel indica que en el año 1968 lo sostuvo en "La doctrina de la acción finalista, hoy", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1968, p. 229.

[56] WELZEL, HANS, "La teoría de la acción finalista y el delito culposo", Ponencia presentada en las jornadas internacionales de Derecho Penal argentino, organizadas por la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, publicada en el libro *Actas, relatos, ponencias y conclusiones*, Editorial Cathedra, Buenos Aires, 1973, p. 155.

[57] WELZEL, ob. en cita, pp. 104 y ss.

tras que la autoría culposa es la lisa y llana causación de un resultado evitable.[58]

Por ello, volviendo a Welzel, al sentar sus bases para la teoría finalista del autor, afirma que "*dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad*",[59] en el sentido de que "*no es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, sino quien tiene el dominio conciente del hecho dirigido hacia el fin*";[60] vale decir: la finalidad siempre ha de estar presente como norte de la conducta, y para lograr la misma el autor ejecutará un plan más o menos elaborado, con el objetivo de dominar ese acontecimiento criminal y así conseguir consumar el delito, configurándola. Por ello se ha sostenido que el dominio ha de ser *consciente del hecho,* direccionado a conseguir el objetivo propuesto que no es más que la finalidad de la conducta.

Bacigalupo señala: "*La teoría del dominio del hecho, en su formulación más moderna, considera que es autor de un delito activo doloso el que domina el hecho y entiende que tal dominio se manifiesta en cuatro formas diferentes: como dominio de la propia acción dolosamente ejecutada, como el que se ejerce dominando la voluntad de otro que obra coaccionado o sobre la base de un error, como el ejercido a través de un aparato organizado de poder y como el ejercido funcionalmente mediante una aportación importante al delito ejecutado conjuntamente con otros.*[61] *Los que participan sin dominar el hecho sólo son partícipes.*[62] *Este criterio sufre modificaciones en los delitos de infracción de deber, en los imprudentes y en los de omisión. En la jurisprudencia la noción de dominio del hecho ha tenido un desarrollo más limitado, pues no ha llegado a ser utilizada para los casos del dominio del hecho en aparatos organizados de poder, en los que la teoría permite superar los problemas*

[58] WELZEL, ob. cit., p. 104.

[59] WELZEL, ob. cit., p. 105.

[60] WELZEL, ob. cit., p. 104.

[61] Confr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª edición, pp. 127 y ss.; 142 y ss.; 242 y ss.; 275 y ss.

[62] La teoría del dominio del hecho sólo explica la autoría en los delitos dolosos activos; los delitos de omisión, los imprudentes y los delitos activos de infracción de deber tienen reglas diferentes (Confr. *S.* BACIGALUPO, loc. cit.).

que generaría recurrir a la inducción para responsabilizar al que dentro de tales aparatos da la orden de actuar a otros".[63]

El autor está de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina, el dominio del hecho presupone la realización de un fin, el cual será fruto de una serie de posibilidades y alternativas de conducta entre las cuales el autor ha de optar, y no de una mera causación de un resultado.[64] Coincide con esta postura Stratenwerth, quien expone que, desde la teoría final de la acción, si la misma se configura como un curso del acontecer guiado por la voluntad final y dominado por ésta, la cual actúa conforme a metas, entonces, es claro que la cuestión de quién ha ejecutado el hecho remite a aquél que dominó el curso del acontecimiento, en virtud de su conducción final.[65]

Es interesante ver como la *teoría del dominio del hecho* apunta que el hecho tiene una fuerte dependencia del elemento subjetivo, pues la autoría al igual que la acción típica, también se compone de elementos objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo consiste en tener en las manos del sujeto activo el acontecer típico. De esa manera, es autor quien maneja la causalidad, siendo el dominio del hecho un elemento objetivo necesario de autoría en los hechos punibles dolosos en todas sus formas.[66]

En el plano subjetivo, es necesario que el autor tenga voluntad de dominio fáctico del hecho, es decir dolo de autor. El dominio del hecho se manifiesta también cuando el sujeto activo del delito domina la voluntad de otro, que realiza la acción contraria a la norma, ya sea mediante coacción, por aprovechamiento del error del otro, por su incapacidad de culpabilidad, o porque se utilice un aparato de poder, etc.; en tales casos, nos encontraremos ante un supuesto de autoría mediata.

Es posible atribuir el dominio del hecho a distintas personas respecto de la misma lesión de un bien jurídico, como

---

[63] Puede verse en: PARMA, CARLOS, "Bacigalupo, un Jurista de Varios Siglos", en su libro homenaje, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 548 y ss.

[64] BACIGALUPO, ob. en cita, p. 495, ac. 991.

[65] STRATENWERTH, ob. cit., p. 374, ac. 16.

[66] Sin perjuicio de las especiales consideraciones en lo referente a delitos especiales, delitos de infracción del deber y delitos de propia mano.

asimismo, el dominio del hecho por una persona que ejerce una poderosa coacción psíquica no puede excluir en principio el dominio del hecho de quien actúa en forma directa, lo que tiene considerables consecuencias para la determinación de la autoría mediata y la coautoría.

Entonces, si un sujeto sirve una comida "envenenada", confundiendo el químico letal adquirido con la sal que está en la alacena, siendo que, conforme a su plan, emplearía ese químico para matar al invitado, no cabe ninguna duda que tiene la voluntad de dominar el hecho, puesto que su conducta se encamina a consumar el resultado muerte. Sólo que, objetivamente, no domina el curso del acontecer, puesto que la sal es un elemento inocuo para causar el resultado querido conforme al plan. Existe, en dicho caso, un error de tipo invertido, en donde respecto del tipo penal solamente se cumple su lado subjetivo; pero está totalmente ausente el aspecto objetivo. Es de notar que la voluntad de dominio no basta para tener el dominio del suceso.

Por otro lado, si un cazador apunta con su arma de fuego hacia un bulto en el bosque, pensando que es una presa, y resulta ser otro cazador, dispara el arma y hiere a la víctima, no existe voluntad de dominar el hecho, pues la conducta final se encamina a cazar un animal; pero no a herir a otro cazador, a pesar de lo cual existe una clara posibilidad de dominar el curso del acontecer; es decir, el hecho es dominable. Visible es que no basta con la factible dominación del suceso sino que resulta necesario que el autor tenga la voluntad de dominio del mismo.

En síntesis, como regla, para sostener la autoría dolosa, es necesaria la concurrencia de ambos elementos: a) Ob*jetivo*: Dominio del hecho y b) S*ubjetivo*: Voluntad de dominio del hecho. De allí que la voluntad de dominar el hecho unida a un dominio objetivamente inexistente, conduce a una tentativa, inidónea según el punto de vista objetivista del peligro para el bien jurídico protegido (error de tipo al revés); y la ausencia de voluntad, existiendo la posibilidad de dominio objetivo del hecho, lleva a un error de tipo excluyente del dolo.

En la cuestión del envenenamiento del comensal, al decir de Zaffaroni, Alagia y Slokar, se da una tentativa inidónea, o más

bien aparente tentativa, pues se emplea un medio no apto, ya en un juicio ex ante, para producir el resultado, con lo cual se concluye en la atipicidad por ausencia del medio para cometer el hecho.[67]

En el ejemplo del "cazador"se evita afirmar el efectivo dominio del hecho en estos casos de error de tipo que excluye el dolo, y se prefiere la fórmula de la *posibilidad de dominio del curso del* acontecer, pues en caso de evitabilidad de los mismos, y de existir la figura culposa, en todo caso la conducta debe subsumirse en la misma, pues la vencibilidad del error, del cual el agente lograría salir obrando conforme al deber de cuidado, confirman la violación del deber de cuidado exigible. En los delitos imprudentes jamás puede existir voluntad de dominio por eso mal puede hablarse de dominio del hecho porque en caso de sostenerse el dominio del hecho en los delitos culposos –basado éste sólo en el riesgo objetivo–, caeríamos en el absurdo de afirmar la existencia de una tentativa culposa, fundándose la punibilidad en el peligro imprudentemente ocasionado.

Según Jakobs de un modo naturalístico se la denomina "teoría del dominio del hecho", más si cupiera un enfoque normativo dominio con respecto a la responsabilidad.[68]

Luis Jiménez de Asúa se le atribuye haber aportado a la dogmática jurídico penal, a través de la incorporación de la teoría del dominio del hecho en el ámbito hispanoamericano ("El criminalista", 1960),[69] incluso ya desde su primera conferencia en el año1925 en la Universidad Nacional de Córdoba.

Hay que admitir que la teoría del dominio del hecho es la que con mayor exactitud fundamenta el concepto de autor. El autor de un delito es el que realiza el tipo penal dominando su ejecución, que puede efectuar por sí mismo, conjuntamente y de acuerdo con otros, o a través de otro. En la autoría de un tipo, es preciso su ejecución y su dominio; pero en la conceptualización del autor lo es preciso fijarnos en la relación de dominio y

[67] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 832.

[68] JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 740.

[69] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 313.

no en la de ejecución, ya que ésta, por sí sola, no fundamenta el conjunto de todas las formas de autoría.

La teoría del dominio del hecho permite entonces fundar distintas formas de autoría:

1) *Autoría inmediata*, directa o por mano propia, a la cual se adecua, por regla general, la redacción de los tipos legales;
2) *Autoría mediata* o por mano ajena, en la cual el autor actúa mediante la utilización de un instrumento humano;
3) Co*autoría; vale decir,* la realización consciente y querida por varias personas, mediante el co-dominio funcional del hecho por división consentida del trabajo, o cuando los agentes cometen conjuntamente el hecho, en forma concomitante.

Villavicencio Terreros siguiendo los pasos de Roxin, categoriza de similar manera y distingue el dominio del hecho en tres puntos: dominio de la acción (el autor realiza la obra criminal por sí mismo), dominio de la voluntad (autor mediato, que realiza el hecho a través de otro, cuya voluntad domina) y dominio del hecho funcional (reparto y división del trabajo delictivo en la coautoría funcional, donde se justifica la autoría de quien sólo contribuye al hecho sin realizar, estrictamente, la acción típica, ni dominar la voluntad de otros).[70]

Al mismo tiempo Bacigalupo en su obra "Lineamientos de la Teoría del Delito" fundamentaba la noción de dominio del hecho diciendo que "se trata de un concepto "regulativo" (Roxin-Kenkel); pero no es un concepto de lo que es posible dar una fórmula cerrada, sino que depende de la presencia de todas las circunstancias a partir de las cuales se puede establecer quien "dominó el hecho", quien es el que ha tenido las riendas del hecho en la mano; o bien quién es el que ha podido decidir que el hecho iba a llegar a su consumación, lo cual generalmente es correlativo de quien ha podido decidir si el hecho continúa o se desiste de él".[71] Así, en la autoría directa o inmediata el

[70] VILLAVICENCIO TERREROS, ob. cit., pp. 1023, 1024 y 1025.

[71] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 119.

autor domina el hecho ejecutando por sí mismo y de propia mano todos los elementos del tipo. En la autoría mediata y en la coautoría los autores pueden o no ejecutar de propia mano elementos del tipo; lo que sí deben es, dominar la ejecución del delito. Esto demuestra que las clases de autoría vienen marcadas por la relación entre dominio y ejecución.

El ejemplo del organizador es esclarcedor: un robo a mano armada en un banco, donde existe un organizador que a distancia y mediante un dispositivo de comunicación dirige las acciones de los restantes coautores, determinando el tiempo que debe demandar cada una de las acciones, dirigiendo a los sujetos hacia las bóvedas, dictando las contraseñas respectivas, coordinando el escape, dialogando con quienes darán el aviso ante la presencia policial, etc.; este domina la decisión del hecho sin cuya colaboración no se puede cometer el delito. Siguiendo esta interpretación, la supresión hipotética del aporte del organizador determina la imposibilidad de cometer el delito, pues este *domina las decisiones, tiene el dominio sobre la decisión.* Los restantes coautores también tienen el dominio del curso del suceso, tienen el *dominio sobre la ejecución*, pues el organizador no puede cometer el robo a distancia; lógicamente su carácter de organizador requiere de sujetos a organizar, ejecutores directos.

La cuestión del "organizador" deja sentado que el dominio se puede proyectar sobre la ejecución a través del *dominio sobre la decisión*, ya que en la realización de un delito concurren siempre el dominio de la ejecución y el dominio de la decisión, aunque sus portadores puedan ser distintos sujetos.

Por su parte la autoría mediata, que también queda englobada en el concepto de dominio del hecho, se presenta cuando el sujeto de atrás tiene el dominio de la configuración delictiva a través del dominio de la decisión del ejecutado. Un mismo hecho puede tener un autor directo, cuando se domina la ejecución de la acción típica realizada de propia mano, y un autor mediato, cuando se tiene el dominio de la decisión de la ejecución del tipo que realiza el autor directo.

Roxin en una conferencia dictada en el año 1963, al inicio de sus clases en Hamburgo, a la cual llamó "Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder" propone una

nueva froma de "autoría mediata". De ella dijo que, al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución. El dador de la orden puede renunciar a coaccionar o a engañar al autor ejecutante inmediato, pues el aparato, en caso de un incumplimiento, tiene suficientemente a otros sujetos a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante. Por ello también es característica de esa forma de autoría mediata que el hombre de atrás mayormente ni siquiera conozca personalmente al ejecutante inmediato".[72]

Señala Roxin[73] que "*en general se consideraba una obviedad trivial el que la autoría no significaba sino realización del tipo*". Esto es así sólo en apariencia, ya que la teoría subjetiva únicamente podría fundamentarse dogmáticamente considerando a la delimitación entre autoría y participación como problema de la culpabilidad.

Existe una cuestión fundamental que reside en el encuadramiento de la problemática de toda la teoría de la participación, ya sea en el tipo o en la culpabilidad, según las distintas posiciones.

El autor citado se inclina por el encuadramiento en el tipo, en el injusto típico, puesto que "*únicamente la comisión de la acción típica puede dar lugar a la pena por autoría*", otras consideraciones pueden tener relevancia en la determinación de la pena, conforme a criterios objetivos, como la disposición interna del autor, su actitud, la intensidad de su voluntad delictiva no revelada en acciones externas.

De esto concluye el fracaso de la teoría objetivo-formal, criticando al mismo tiempo a la teoría subjetiva de fuerte impornta en

[72] ROXIN, CLAUS, "La autoría mediata por dominio en la organización", en *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 223.

[73] ROXIN, CLAUS, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 6ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1998, pp. 666-667.

la jurisprudencia alemana. De la primera dice que el concepto de la realización del tipo no puede limitarse en todos los supuestos a la realización de propia mano de los elementos de la figura penal, siendo posible también realizar algunos tipos sirviéndose de otro como instrumento o compartiendo la ejecución con otro.

Repecto de la segunda arguye que es irrelevante la clase de aportación externa al hecho, desplazando la diferenciación de autoría y participación al ámbito de la culpabilidad y de la determinación de la pena, sólo aceptable desde un Derecho Penal de autor, pero incompatible con el Derecho Penal del hecho.

Actualmente las posiciones doctrinarias han asumido la teoría del dominio del hecho casi en forma absoluta, aún con sus puntos controvertidos, como lo resalta Roxin,[74] "*Ya no es acertado afirmar que la teoría de la participación sea el 'capítulo más oscuro y enmarañado de la ciencia penal alemana*'".

Roxin evidencia esta adopción, pese a su falta de fundamentación teórica, en las decisiones de los tribunales alemanes a partir de 1975, en la que *"el término "voluntad del autor" se va dotando progresivamente de contenido material mediante el criterio del dominio del hecho",* imponiéndose en las decisiones acerca de la autoría directa y de la mediata.

La cuestión de los delitos de infracción de deber para Roxin ya no estarían comprendidos por el criterio delimitador de la autoría del dominio del hecho (válido para los Herrschaftsdelikte) sino en un deber extrapenal convertido en elemento del tipo. Esta lógica idea la desarrolló en la teoría del Tipo.[75]

Seguidores de Bacigalupo, este úlumo influenciado por Wezel, explican que el *dominio del hecho* se puede presentar de diferentes maneras: Como dominio de la propia acción típica, como dominio de la voluntad de otro o como dominio funcional del hecho.

Jaén Vallejo[76] por su parte apunta que, "*el concepto del dominio del hecho no es un concepto fijo, integrado por un*

[74] ROXIN, CLAUS, ob. cit., pp. 671/675.

[75] ROXIN, CLAUS, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 43 y ss.

[76] JAÉN VALLEJO, MANUEL, *Principios constitucionales y Derecho Penal Moderno*, Ad-Hoc, 1999, pp. 165/166.

número definido y limitado de elementos, en el que se pueda practicar con relativa facilidad la necesaria subsunción del hecho, sino un concepto ***abierto****, en el que se contiene una descripción y un principio regulativo que habrá de orientar la decisión judicial*".

Como derivación debe entenderse que el dominio final del hecho es algo más que un aspecto meramente subjetivo. El hecho es la ejecución final de la decisión de voluntad del agente, es su hecho logrado a partir de la producción de un estado de cosas deseado, realizando un fin, decidiendo entre diversas alternativas de acción y con una previa elección de los medios adecuados para lograr el fin.

2.2.2. *Críticas y extensión de la teoría*[77]

Para Stratenwerth, *no habría "ningún principio rector superior válido para todas las clases de delitos"*,[78] toma, acertadamente, esta cita de la doctrin puesto que la mera dominabilidad del hecho no se muestra como un parámetro suficiente, allí cuando el tipo penal requiere que el autor sea titular de un deber especial, el cual infringe (*delicta propia*), cuando debe cometer el hecho en forma *personal* (*delitos de propia mano*), cuando se exige que obre conforme a especiales requerimientos subjetivos distintos del dolo (*ultrafinalidades*), a esto adicionamos que la teoría es insuficiente para explicar satisfactoriamente la comisión de los delitos culposos.

Basel refiere que a pesar del condicionamiento de la autoría por medio de presupuestos que van más allá del dominio del hecho, estos son *complementarios* de la dominabilidad del curso del acontecer, pero no *sustitutivos* de la misma, entonces lo alegado más arriba puede conducir a afirmaciones equívocas.

Es conocida la influencia de este notable doctrinario alemán

[77] También está de acuerdo con la noción de *límite* al dominio del hecho Felipe Villavicencio Terreros (*Derecho Penal. Parte General*, ya citado, ac. 1030), pero no en un sentido de desplazamiento del criterio, sino de complemento de éste.

[78] STRATENWETH, ob. en cit., p. 376, ac. 19, cuando trae a colación la afirmación de Schonke/Schroder/Cramer.

en el Código Penal boliviano que en su artículo 20 estipula: "*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente presten una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso. Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito*".

Ya habiamos anticipado que la teoría del dominio del hecho tiende a solucionar problemas concretos de autoría y participación y esta virtud la ha hecho merecedora de aceptación doctrinaria y jurisprudencial, pues el enfoque está puesto en que el *autor de un delito activo doloso es el que domina el hecho*. Este dominio puede expresarse en cuatro modalidades: en primer lugar debe decirse simplemente que se manifiesta como dominio de la propia acción dolosamente ejecutada. En segundo lugar como un dominio que se ejerce dominando la voluntad de otro que obra coaccionado o sobre la base de un error. En tercer lugar como el ejercido a través de un aparato organizado de poder y –finalmente– como el ejercido funcionalmente mediante una aportación importante al delito ejecutado conjuntamente con otros.

Sin más que decir el texto legal mencionado en párrafos anteriores sirve de síntesis a un pensamiento en la materia, enmarcado dentro de los ámbitos de la autoría y participación delictiva.

2.2.2.a. Delitos de infracción del deber y actuación del extraneus

Hay tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción (por ejemplo robo agravado, homicidio agravado, etc.) pero también los hay aquellos que excluyen el dominio para su configuración y se constituyen sobre la base de un deber especial que le corresponde al radio de competencia del autor. En esto último no centraremos pues esta visión está ligada al análisis de los delitos cometidos por servidores públicos: la infracción de deber es cometida entonces por un funcionario

público que ocupa un rol especial y desde allí se relaciona con el injusto.

ROXIN enseña que en principio sólo un "intraneus" puede ser autor de los delitos cometidos por funcionarios.

Hay que destacar que lo saliente es el deber específico de los implicados derivado de la encomienda de una concreta materia jurídica, que los contriñe a comportarse adecuadamente y cuya infracción consciente fundamenta la autoría. No es por ende su sola condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta lo que convierte a un sujeto en autor, sino este específico deber jurídico. En la infracción a un deber es común que se acepte la autoría directa. Salazar Sánchez[79] nos ilustra y comenta que: *"Los deberes institucionales son directos y personales, es decir no se pueden delegar ni compartir. Por eso su quebrantamiento también es de la misma naturaleza, esto es, sólo puede realizarlo el intraneus. En esa línea, en los delitos de infracción de deber, no tienen cabida la autoría mediata ni la coautoría, porque si los deberes positivos especiales no se pueden delegar ni compartir, entonces la infracción no se puede realizar de manera mediata ni compartida. Como se sabe la autoría mediata y la coautoría requieren que el autor configure los elementos del injusto de forma mediata y compartida respectivamente. Sin embargo, en los delitos de infracción de deber, el intraneus –en tanto se encuentra vinculado inmediata y directamente– no puede realizar, en forma mediata o compartida, los elementos normativos del hecho típico y antijurídico. Por tanto, en estos delitos, sólo es posible la autoría directa"*.[80]

De ese modo está claro que el que, cooperando en división del trabajo con otro, realiza el tipo de un delito de infracción de deber, no por eso tiene que ser coautor –adicionando a esto que– hay que descartar completamente la idea del dominio

[79] Nelson Salazar Sánchez intervino en el XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal en el año 2004, Lima, con la ponencia: "La participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber", editado por UNMSM, Lima, 2004, pp. 427 y ss.

[80] SALAZAR SÁNCHEZ, N., "Autoría en los delitos de infracción al deber", en *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, Idemsa Editora, Lima, 2007, p. 575.

del hecho. Lo mencionado no es suficiente en los delitos de infracción de deber para fundamentar coautoría, pues junto a la infracción del deber, además del dominio del hecho, los partícipes se separarían en dos grupos totalmente disímiles: En aquellos con deber de lealtad y en los obligados a lealtad sin dominio del hecho (lo cual eliminaría el concepto unitario de participación en los delitos de infracción de deber).[81]

Cuando se trata el tema del "extraneus" la doctrina ha dado nacimiento a tres posturas que intentan explicar la infracción en los delitos especiales: Un de ellas refiere a *La ruptura del Título de Imputación* (los delitos especiales sólo se refieren al intraneus), o bien otra de ellas a *La Unidad del Título de Imputación* (admite la sanción del **extraneus** como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor **intraneus**) y finalmente la más acogida y difundida "*la Teoría de los delitos de Infracción de Deber de Claus Roxin*".

La forma del tratamiento de los delitos de infracción del deber puede apreciarse en una contraposición de las notas que sacan a relucir la discusión entre Bacigalupo y Welzel en torno a este tema.

Bacigalupo expone que el dominio del hecho no basta como parámetro teórico para explicar la autoría, puesto que sin dudas el autor sólo puede ser el destinatario del deber, aun careciendo del dominio del hecho.[82] Con esto da a entender puede existir falta de dominio del hecho, a pesar de lo cual se afirma la autoría, allí cuando el sujeto activo del crimen sea quien deba cumplimentar el deber exigido.[83]

Welzel, por otro lado, afirmaba que "*el dominio finalista del hecho es la característica general de la autoría. En cambio, los elementos personales de autor únicamente son necesarios donde el tipo particular los contiene como presupuestos de*

---

[81] ROXIN, CLAUS, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005, pp. 386/389.

[82] BACIGALUPO, ob. cit., p. 496 y ss.

[83] También plantea la duda STRATENWERTH, ob. cit., pp. 376/7, ac. 23, cuando expresa que la cuestión es especialmente compleja, allí cuando el *especialmente obligado* intervenga en el acto, *sin dominar el hecho*, pues en tal caso, el dominio del hecho sería *sustituido* por el criterio de la mera infracción del deber.

la autoría".[84] Pasando en limpio entendemos que la calidad subjetiva del autor, de la cual emana el deber, si bien es exigida por el tipo penal, se constituye en una de las *características objetivo-personales de autor*, como carácter específico de la autoría. El autor cualificado también debe dominar el hecho, a lo cual se le debe agregar su calidad de *intraneus* como elemento normativo del tipo.

Welzel, poniéndose en las antípodas de Bacigalupo, considera imposible la falta de dominio, y sólo aclara que oportunamente el autor debe estar revestido de la competencia o de la calidad que lo haga deudor del cumplimiento del deber infringido.

Bacigalupo trata un ejemplo práctico: El no funcionario documenta una constatación falsamente, que el funcionario competente para la expedición del documento conoce y autoriza. Solamente el funcionario es autor de un delito de falsedad documental del art. 390 del Código Penal[85] (español), aunque no haya tenido el dominio del hecho en la confección del documento.[86] Aquí el funcionario ostenta el *sí* y el *cómo* en oportunidad de autorizar el mismo, positivamente cuenta el *intranets* con el dominio del hecho, en vistas de que sin su intervención, el documento falso no podría crearse.

---

[84] WELZEL, ob. en cit., pp. 105/6.

[85] Que expresamente dice: "1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1º. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2º. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3º. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4º. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto a actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil" (*Código Penal, Comentado y con Jurisprudencia*, Oquendo, P.; Martínez Guerra, A.; Rodríguez de Miguel Ramos, J.; Rodríguez Ramos-Ladaria, G.; Rodríguez Ramos, L.; Dir.: Luis Rodríguez Ramos, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2009).

[86] BACIGALUPO, ob. cit., p. 497.

En esta lógica de reflexión si bien el funcionario no confeccionó el documento, careció de dominio únicamente en tal sentido.

Sin el aporte del cómplice primario, que redactó la apócrifa constatación, y sin la rúbrica del funcionario, el delito no habría podido ser cometido. La negativa de este último, truncaría la ejecución del evento delictuoso, deteniendo el delito de falsificación en una tentativa inacabada, o más aún, en una tentativa de participación impune, en el caso que ni siquiera haya comenzado a ejecutar el hecho el *intraneus*, pues faltó la firma y autorización del sujeto cualificado.

Es preciso destacar que el punto de partida es la circunstancia de que el funcionario conoce y autoriza la falsedad, por lo cual su aporte se vuelve insoslayable, confirmándose el dominio del *intraneus*.

Ahora, si contrariamente a lo expuesto, el funcionario es engañado por el *extraneus* sobre el contenido del documento, ello, en todo caso, confirma la existencia de un error de tipo vencible, pues con la debida atención y diligencia el sujeto saldría de su error y no autorizaría el acto, lo cual confirmaría un obrar imprudente: una falsificación culposa.

Si hablamos de negligencia, se descarta el dominio del hecho, y se modifica el factor subjetivo de imputación por la imprudencia penal, la cual solamente es típica, en la mayoría del Derecho Penal comparado, cuando la legislación prevé específicamente el tipo culposo. Por ende, en aquellas legislaciones donde el hecho únicamente pueda ser ejecutado por el funcionario, pero este obra bajo los efectos de un error de tipo evitable, cometiendo una falsedad imprudente, entonces resultará atípico el hecho, pues la falsedad documental e ideológica sólo admiten, en dicho caso, el dolo. El resultado no será otro que la impunidad.

Frente a esta variante el *extraneus* participa en un hecho atípico como falsificación, pues él no reviste la calidad subjetiva para infringir el deber; siendo además y en consecuencia imposible la autoría mediata de aquel por no presentar las calidades subjetivas exigidas ni competencia para configurar el ilícito.

Dichas lagunas de punibilidad se evitan, en su caso, posibilitando la comisión del hecho también al *extraneus* e incrementando la pena en el caso de que sea un *intraneus* el comitente.

Teniento en miras esto, el código Penal argentino presenta el siguiente tratamiento en su texto legal:

Los arts. 292[87] y 298 del Código Penal Argentino respectivamente establecen, por un lado el tipo penal básico de falsedad documental, tipificando la conducta de quien "*hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio*" (art. 292 C.P.), y por otro el caso de la intervención del funcionario competente, el cual ejecuta la violación del deber, quebrando las expectativas en él depositadas: "*cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena"* (art. 298 del C.P.).

El art. 293 del C.P. dice en su texto que "S*erá reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio*".

La laguna de punibilidad que el caso del error de tipo del funcionario, en el que el dominador del hecho es el *extraneus* como autor mediato, se evita asimismo previendo especialmente la situación del ardid, engaño o la coacción en los cuales puede caer el funcionario autorizante, como se hace en Argentina a través del ya detallado tipo de falsedad ideológica. Allí el *intraneus* ejecuta personal y materialmente la misma, afirmando

[87] Que expresamente dice: "*El que* hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado. Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años. Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento". Como se observa, cuando la ley argentina se refiere a "*el que"*, como sujeto activo del injusto, está haciendo referencia a que no se exigen especiales requerimientos para la autoría.

declaraciones falaces pero a instancia del *extraneus*, quien es, en rigor, el autor del hecho y dominador del mismo.

En efecto, cuando se establece la verbo típico "*hiciere insertar*" se está contemplando, expresamente, la posibilidad que el *extraneus* domine como mero instrumento al *intraneus*, logrando que esté autorice una falsa declaración que el documento tiene la finalidad de acreditar fehacientemente, de forma que se pudiera irrogar cualquier perjuicio, sea mediante cualquier medio por el cual logre quebrantar su libertad de decisión.

En conclusión y basandonos en lo antes descrito creemos que el dominio del hecho también puede aplicarse a los delitos de infracción del deber, en determinadas circunstancias, considerando que solamente puede dominarse un hecho que es a su vez dominable por el autor,[88] lo cual no obsta que el mismo deba reunir la calidad subjetiva exigida por el tipo penal respectivo, pues tal es la naturaleza de los *delicta propia*. El carácter funcional y específico exigido al agente, debe ser requerido para que se pueda considerar autor a quien infringe el deber, constituyendo un límite de estricta legalidad y máxima taxatividad en el ámbito de la prohibición, lo cual hace, en todo caso, a un presupuesto complementario del dominio del hecho, tal como afirmara Stratenwerth.

Sin ir más lejos y en refuerzo a lo mencionado ut supra, puede ocurrir en la praxis un caso de error de tipo invencible, como por ejemplo la presentación al funcionario autorizante de instrumentos falsificados con última tecnología, inclusive empleando sellos oficiales sustraídos de las dependencias estatales correspondientes, lo cual demuestra, en dicho supuesto, que el hecho no era *dominable* para el *intraneus*, a pesar de lo cual el mismo estaba revestido de la competencia para otorgar el acto. Esta última variable comprobaría que la autoría en los delitos de infracción del deber no puede explicarse apelando lisa y llanamente a la imputabilidad del deber infringido, debiendo corroborarse también el dominio del hecho.

Es por todo esto que el *extraneus*, por más dominio que ostente del curso del acontecer, no reviste la titularidad del deber

[88] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. en cit., pp. 507 y ss.

y por ende tampoco quebrantará las expectativas ciudadanas, las que no son dirigidas a su persona. Imputarle la comisión del delito de infracción del deber, implica la construcción judicial y analógica de un tipo penal *in malam partem*, solución no acorde con las máximas de un Estado Constitucional de Derecho. Entonces esto hace de la subjetividad del *intraneus* un ***límite al principio del dominio del hecho***.

Disciente con esta propuesta la profesora de la Universidad de Lisboa Teresa Pizarro Beleza, en su interesante trabajo titulado "*La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad versus dominio del hecho?*",[89] considera que conforme al art. 28 del Código Penal de Portugal, es posible extender la cualidad del *intraneus* hacia el *extraneus*, posibilitando así una considerable amplificación del marco de la punibilidad.

Este art. 28 comentado expresamente dice: "S*i el injusto o el grado de injusto del hecho dependieran de ciertas cualidades o relaciones especiales del sujeto, basta,* ***para ser aplicable a todos los intervinientes la pena respectiva****, que esas cualidades o relaciones se verifiquen* ***en cualquiera de ellos****, salvo que fuera otra la intención de la norma incriminadora*".

Con mayor extensión implica, de acuerdo a su interpretación de la norma, que es posible trasladar la cualidad subjetiva del *intraneus* hacia el *extraneus*, por la simple circunstancia de haber tomado parte todos ellos en el injusto penal. Así se solucionaría la laguna de punibilidad que se configura cuando, por ejemplo, un *intraneus* utiliza a un *extraneus* que obra con dolo.

Conforme a ello se da la extensión de la punibilidad, por expresa disposición legal, sea comunicando dicha calidad subjetiva el autor al partícipe (gráficamente: de arriba hacia abajo), el autor cualificado a otro no cualificado (en un mismo estamento, horizontalmente) o, inclusive, un cómplice al autor (¡de abajo hacia arriba!), en una suerte de accesoriedad invertida, pues la calidad competencial (elemento principal del tipo) no la ostentaría el autor, sino el partícipe.

[89] Ponencia publicada en *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Ed. José María Bosch S.A., Barcelona, 1995.

La jurista concluye su trabajo afirmando la validez de su premisa: la norma del artículo 28 torna necesario no sólo la constatación del deber extrapenal, sino también del efectivo dominio del hecho por parte del agente, para así determinar el círculo de autores posible.

Señalan Roxin junto con la tratadista en mención que si se emplearan las tesis del dominio del hecho y de la violación del deber extrapenal, ninguno de los dos resultaría ser autor, pues el *intraneus* no domina el suceso, que ejecuta el *extraneus* en soledad, mientras que este último no ostenta la titularidad del deber. Aplicando la especial comunicabilidad del art. 28 de la ley penal portuguesa, la mera actuación de un cualificado en el hecho, e independientemente de su calidad (autor, coautor o cómplice) permitiría extender su aptitud competencial al restante interventor, sin importar los papeles que cada uno de ellos haya desempeñado.

Roxin coincidiría asimismo, afirmando que casos como el del sujeto cualificado que no domina el hecho, que sí domina el sujeto no cualificado, se resuelven mediante una cláusula general (como la portuguesa, con similar disposición que rige en el StGB-28)[90] que libera a las figuras delictivas de infracción del deber de las reglas de la accesoriedad, permitiendo la comunicabilidad.

Nosotros pensamos que es sinónimo del tan temido *versari in re ilícita*, donde todos los intervinientes se observan alcanzados penalmente por la mera actuación objetivamente injusta, a pesar de no cumplir con las exigencias normativas del tipo penal específico. De esto deriva un solo resultado factible: la responsabilidad objetiva por la simple intervención ilícita.

Desde los tiempos de Beccaria aqueja a los penalistas la no transgresión del principio de legalidad. Esta injusticia ocurre cuando se permite la punición del *extraneus* como si fuera un *intraneus*.

[90] El cual establece que: "(1) Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el participe (Instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1. (2) Si la ley determina que características personales especiales agraven la pena, la disminuyan o la excluyan, entonces esto solo rige para los participes (autor o partícipe), en quien concurran".

Disposiciones como la comentada exceden notoriamente los alcances del tipo objetivo, exacerbándolo, extendiendo cualidades competenciales a quien no las tiene, con desmedro del principio de máxima taxatividad. No obstante no se pone en discusión el alcance de este Código Penal europeo que, entendemos que en principio no calará profundo en la idiosincrasia latinoamericana.

Pese al grado de realismo de la respuesta intentada, las lagunas de punibilidad no deben lograr que los juristas renunciemos a los principios elementales del Derecho Penal, reduciéndolo de tal forma que sólo sena instrumentos para compatibilizar caprichos de los legisladores, juego al que no deben acceder jueces y juristas.

Nuestra tarea, debe enfocarse en aplicar leyes justas y en no transgredir garantías constitucionales cuya conquista a lo largo de la historia tanto ha costado.

Hay una cuestión elemental que debe soslayarse: Quien comete el hecho es el autor, no el partícipe o cómplice; de manera que las características competenciales y la dominabilidad del suceso en él deben concurrir. Pretender lo contrario violenta el principio de legalidad, no sólo desde que se inviste como titular de expectativas funcionales a quien no las tiene, sino también porque, implicitamente, se le da el trato de quien ejecutó el hecho, sin haberlo cometido.

La renuncia al principio de accesoriedad de la participación implica consagrar una excepción a una regla lógica elemental (lo accesorio sigue la suerte de lo principal); es el equivalente jurídico a pretender ir en contra de la ley de gravedad, pues se entiende que si el *intraneus* no domina el hecho, por la razón que fuere, no puede sancionarse al partícipe por un hecho que el autor no pudo cometer, precisamente por carecer del dominio del suceso.

No puede violarse más flagrantemente el principio de legalidad que con estos razonamientos, situación que se ve agravada por el acogimiento legislativo que permite o al menos fomenta respuestas judiciales mecanizadas, contrarias a los principios más elementales. Si se soslaya esta verdad y se hace uso y abuso de la "política criminal" como justificación, como excusa para

postular soluciones, en ocasiones, indefendibles, el ideal clásico habrá muerto con la mismísima accesoriedad de la complicidad.

Es muy discutida la bondad de la presencia de estas normas legales de comunicabilidad de cualidades competenciales del *intraneus* al *extraneus* en el derecho Latinoamericano, pues ello significaría atentar contra el Derecho Penal de acto, al convertir a quien no ejecuta el hecho en un verdadero autor, sin serlo conforme al tipo objetivo, por la vía de recibir la misma penalidad que la que correspondería al auténtico autor.

Es preferible entender que las cualidades normativas o competenciales que debe reunir el *intraneus* funcionan, como hemos dicho, como un ***límite al dominio del hecho***. Es necesaria e infranqueable la composición de dos elementos: Quien comete un *delicta propia* no sólo debe dominar el curso del acontecer, sino también defraudar a la ciudadanía en la esperanza que él, siendo titular del deber, se comporte de una forma tal a cómo debería, preservando el bien jurídico que termina lesionando o poniendo en peligro con su ejecución delictiva.

Todo este planteo gira en torno a la consideración del Derecho Penal como *ultima ratio* del orden jurídico positivo, que se traduce en la reacción más violenta del sistema jurídico respecto a la conducta de un individuo.

Atento a lo antes expuesto, es notorio que ninguno de los dos axiomas funciona correctamente si los aislamos. Si nos hallamos frente a una conducta desplegada por el sujeto activo del delito en lo específico del curso de una acción o comisión activa; quien domina sin titularidad, no defrauda a nadie por expectativas que no existen en su persona, y quien es *intraneus* sin dominar, no pudo haber cometido el hecho, pues sin dominio no es imaginable su ejecución, como tampoco la misma infracción del deber.

El error de la doctrina que pondera únicamente los presupuestos de la autoría de los delitos de infracción del deber en la titularidad, pura y simple, de dicho mandato, parte de considerar que los criterios del dominio del hecho y de la violación del deber se excluyen en todas las formas de conducta, cuando, la riqueza de la manifestación del comportamiento delictivo nos indica que se complementan.

Por ejemplo, Nelson Salazar Sánchez a través de su ponencia "*La participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber*",[91] concluyó que la infracción de un deber de naturaleza extrapenal de carácter positivo fundamenta la autoría, mientras que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que implica, a su vez, la violación de un deber negativo (*neminen laedere*) legitima la punibilidad del *extraneus*.

Según esta postura la autoría se configura a partir de la violación de un deber jurídico positivo extrapenal, lo que significa que quien es titular de una obligación de resguardo del bien jurídico lo lesiona o pone en peligro, colocándolo en situación de desamparo, sea en forma directa o a través de terceros, por acción u omisión, todo lo cual se traduce en la defraudación de expectativas normativas que los ciudadanos ostentan en lo que respecta a la preservación del bien jurídico.

Este deber jurídico extrapenal positivo no implica un voto de lealtad (pues se puede estar inclusive en contra de las concepciones políticas y jurídicas estatales) y la infracción del deber no es un juicio de carácter ético o moral, sino jurídico. Desde la óptica del *intraneus*, la deslealtad con el Estado no es un riesgo prohibido, resultando inexistente la imputación objetiva, pues no se coloca en riesgo ni se lesiona al bien jurídico cuya obligación es resguardar.

Sostiene el jurista que, materialmente, quienes carecen de la titularidad del deber, jamás pueden ser considerados autores de estos delitos especiales, puesto que las mentadas expectativas ciudadanas no recaen en su persona, lo cual garantiza que su ámbito de libertad no será perturbado por la injerencia estatal en la defensa de los bienes jurídicos afectados por los *delicta propia*.

Por otra parte para Salazar Sánchez, que adhiere a las ideas de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles en su obra "Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva", la fundamentación de la punibilidad del *extraneus* surge de la puesta en peligro

[91] Realizada en el marco del XVI Congreso Latinoamericano y VIII Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, celebrado los días 22, 23, 24 y 25 de septiembre de 2004, cuya sede fue la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

o la lesión de un bien jurídico, que debe ser resguardado por el cualificado, lo cual se traduce en la infracción de un deber negativo de ***no dañar***. Esto último en virtud de que los intereses jurídicamente tutelados y que deben ser protegidos especialmente por los titulares del deber positivo extrapenal, pueden ser afectados ya sea desde dentro del sistema (*intraneus*) como desde fuera del mismo (*extraneus*). Señala el publicista que la conducta del partícipe no cualificado influye en la acción del *intraneus*, como así también corrompe el sistema.

La intervención penal se justifica en la necesidad preventiva de tutela del bien jurídico, sea que fuere éste agredido por quienes deben protegerlo, o por quienes no tienen el deber de hacerlo. Por ende la obra delictiva, ejecutada precisamente por quien tiene a su cargo la custodia del bien jurídico, legitima la intervención estatal al verse involucrados intereses fundamentales para la vida social como es la administración pública, incluso alcanzando al partícipe, a pesar de no deber responder por expectativas de preservación del bien lesionado o amenazado.

Además de los inconvenientes que estos postulados generan, aparecen puntos grises a partir de de los cuales se puede amplificar el marco de lo prohibido, exacerbando el poder punitivo, a pesar de que este tipo de planteos guardan cierta coherencia dentro de la prevención general positiva, es decir un esquema o teoría de la pena legitimante en pos de la preservación de expectativas normativas.

Hay que considerar especialmente que no sólo el *intraneus* y el *extraneus* comparten la infracción al *neminen laedere*, sino todos los autores y cómplices de absolutamente todos los delitos cometidos a lo largo de la historia humana.

Bajo esta premisa general, si la autoría en los delitos especiales nunca se define por el dominio del hecho, sino simplemente mediante la infracción de un deber de naturaleza extrapenal, mientras que la participación se basaría en la violación del *neminen laedere*, se corre el riesgo de objetivizar la responsabilidad penal, aun cuando todos los intervinientes carezcan del dominio del suceso, lo cual es inaceptable, pues, en primer lugar, todos los delitos podrían ser catalogados como de infracción del deber, ya que en todos ellos se infringe una norma

que no autoriza la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Quien comete un homicidio, claramente viola la prohibición de matar. De esta manera, si la autoría y participación deben basarse, pura y simplemente, en la constatación de la violación de deberes, uno positivo, en cabeza del *intraneus*, otro negativo, afectado por el *extraneus*, claramente se instauraría un régimen de responsabilidad objetiva para los *delicta propia*, pues carecería de trascendencia verificar la dominabilidad de cada uno de los agentes.

En este contexto, no basta la simple infracción de expectativas normativas sino que debería ser otro el parámetro de distinción de la autoría y participación en estos delitos si se tiene como objetivo no caer en el *versari in re ilícita*.

Las críticas a la teoría del dominio del hecho por parte de los sostenedores de la tesis de la infracción del deber se basa en un error puesto que, por ejemplo, no tiene sentido considerar autor al funcionario que documenta una falsedad por error invencible, pues este jamás pudo haber dominado el curso del suceso. Entonces de seguirse la tesis de la infracción del deber en forma coherente, el escribano que afirmó, por error o engaño de un tercero, una falacia, debería ser considerado autor, pues infringió su deber de efectuar documentos absolutamente fidedignos.

El yerro radica en considerar, como hemos apuntados antes, excluyentes en todos los casos los criterios de dominio y calidad competencial del autor, cuando estos pueden funcionar en forma acumulativa o conjunta en determinados supuestos típicos.

Es así que solamente puede infringir el mandato quien conoce la situación y actúa voluntariamente en pos de incumplir su obligación. Infringir significa lesionar el deber sabiendo lo que se hace, lo cual implica, implícitamente, la posibilidad de dominio. Claramente la infracción del deber es un concepto que no admite posiciones eclécticas ni intermedias, pues quien lo comete carga con elementos cognitivos precisos.

Si aún asi se sigue defendiendo la tesis de la infracción del deber, sin considerar el dominio del hecho, quedan ausentes en su teorización, las reglas del concurso ideal, pues los delitos especiales propios suelen afectar no únicamente al bien jurídico

que el cualificado debe preservar, sino también a bienes que son lesionados por delitos comunes, es decir, una misma acción perjudica a dos o más bienes jurídicos.

Lo que sucederá si los juristas que critican la tesis del dominio del hecho admiten que en el caso del error del funcionario, éste no violenta el deber, reconocerán como consecuencia necesaria el criterio del dominio del hecho, pues se percatarán de que no puede objetivizarse su tesis al punto de admitir la autoría, aun en caso de error, engaño, violencia o cualquier otra forma de control del funcionario por parte del *extraneus*.

Si llegado el caso el *extraneus* domina el suceso, y el *intraneus* no, en virtud de resultar engañado e inducido a error invencible por el mencionado en primer lugar, la solución dogmáticamente correcta sería una: La impunidad por el delito especial, sin perjuicio de la autoría del sujeto no cualificado por un delito común. El hecho que el funcionario ejecute un delito especial propio[92] en tales condiciones de sujeción, no pudiendo ser responsabilizado por carecer del dominio y no siendo autor el *extraneus* por no ostentar la calidad competencial pertinente, no existiendo tampoco un delito común que permita subsumir la conducta, no debe conducirnos a postular un sistema de responsabilidad objetiva, pues: ¿cuál sujeto sería el autor?, ¿podría, en el intento por no dejar lagunas de punición, considerarse autor al funcionario que obra en error invencible?, ¿se distorsiona la tesis de la infracción del deber, considerando autor al *extraneus* por la mera violación del *neminen laedere*?

Veamos algunos casos: si el actor o demandante logra que el juez, inducido por error invencible, prevarique dictando una sentencia contra la ley, pues la conducta del magistrado sería atípica de prevaricato, al igual que la del *extraneus*, pero éste sería autor mediato de una estafa procesal, cuanto menos.

Si un particular logra que un funcionario firme un decreto, en forma negligente y sin observar lo que signa, haciendo que

[92] Delitos especiales propios son aquellos que carecen de un delito común que permita su comisión por el autor no cualificado, como podría ser, por ejemplo, el prevaricato del juez, pues sólo él puede dictar sentencias contra la ley. Aquellos que si cuentan con un delito común equiparable, son comúnmente denominados delitos especiales impropios.

dinero público ingrese en la cuenta corriente de un tercero, ni el funcionario ni el particular serían autores de peculado, pero el último sería autor mediato de daño calificado –según determinadas codificaciones penales–, por disminuir y perjudicar el patrimonio estatal.

Si se observa con la debida atención, podrá notarse que, al menos en la mayoría de los supuestos imaginables, se configuraría un concurso ideal con un delito común. Sólo que se afectará un bien jurídico que el *intraneus* no tiene el deber positivo de preservar. Siguiendo este orden de ideas, llegado el caso que no se configure la concurrencia ideal de figuras especiales y comunes, la solución sería la impunidad, y ninguna razón de política criminal debe autorizar a instaurar un sistema de responsabilidad penal objetiva.

La cualificación del *intraneus* debe funcionar no para amplificar el marco de la prohibición, sino para acotarlo, impidiendo que el mero dominio del hecho legitime la autoría en los *delicta propia*, pues para ser autor de tales injustos se requiere, como dijimos, la competencia de quien domina el curso del suceso. En definitiva y en forma conjunta y no excluyente en determinados supuestos prácticos se necesitará: Dominio del hecho y titularidad del deber.

2.2.2.b. Delitos de propia mano

Si tres sujetos del sexo masculino planifican atentar sexualmente contra una señorita, no tanto para satisfacer su libido, sino más bien por mera venganza de uno de ellos, para lo cual orquestan un plan y se reparten tareas específicas, y, de ese modo, uno de ellos, desconocido para ella, la seduce, conduciéndola a un descampado, en el cual otro de ellos la sorprende y golpea en su cabeza, aturdiéndola, produciéndose la sujeción de la misma por parte de dos de los mismos, mientras el restante, vengándose, realiza el acto carnal, penetrándola contra su voluntad, no cabe ninguna duda que todos *dominan en acontecer típico*, pues el retiro del aporte de cualquiera de los sujetos impediría la ejecución del plan delictual trazado.

Este es un supuesto de concurrencia de personas en el delito, en el cual todos o la mayoría tienen las riendas del suceso, realizando aportes esenciales sin los cuales el crimen no podría haberse cometido.

En casos similares al de análisis solamente algunas personas pueden ser consideradas autoras del evento, pues el tipo penal respectivo exige que el hecho sea ejecutado en forma *personal* por el sujeto activo del delito.

Los delitos de propia mano no ofrecen mayores dificultades para la aplicación práctica de la tesis formal-objetiva puesto que sólo es considerado autor quien ejecuta el verbo típico en su persona,

En el caso mencionado inicialmente, la acción típica realizada, conforme al artículo 119 del Código Penal Argentino, es la de tener *acceso carnal por cualquier vía*, lo cual sólo pudo concretar personalmente el violador, mientras que quienes sujetaban a la víctima eran, en todo caso, cómplices primarios, pues su dominio del hecho no los transforma en autores, ya que la conducta de *sujetar* no implica *tener acceso carnal* con la víctima. El límite semántico del tipo penal impone que sólo pueda ser considerado autor quien accede a la ultrajada.

Citando otro ejemplo, solamente puede cometer falso testimonio quien *afirmare una falsedad o callare la verdad* (artículo 275 del C.P. argentino), por más que el testigo falaz esté recitando una declaración redactada por un tercero, quien se la comunica a través de un dispositivo auditivo. El tercero, por mucho que domine el hecho, pues sin su aporte el testigo no podría afirmar ni negar nada, no es autor, pues no *afirma* ni *niega* la verdad delante del funcionario judicial competente, siendo, en todo caso, también partícipe primario.

Por ello y así como nos dice Stratenwerth, este criterio debe complementar el dominio del hecho del autor, lo cual también debe cumplirse, pues el hecho debe ser dominado para que se configure la autoría.

Si, en los ejemplos utilizados, el violador se arrepiente, antes de consumar la penetración, pidiéndoles a sus cooperadores que suelten a la víctima, o el testigo se levanta de la silla, evitando cometer el perjurio, o bien declara lo realmente acontecido,

a pesar del dictado de la declaración por parte del cómplice principal, pues resulta evidente que dichos autores dominan el hecho, pues tienen la posibilidad de desistir el curso de su ejecución. Así, si se suprimen hipotéticamente sus aportes, el resultado típico desaparecería, pues el delito, en su caso, y cuando el tipo lo admita, se truncaría en una tentativa ante el desistimiento, el cual debería producir el efecto de dejar el hecho impune, conforme al artículo 43 del C.P., cuando el mismo sea adoptado en forma voluntaria.

En tal hermenéutica, en los delitos de propia mano funciona un ***límite lógico semántico al dominio del hecho***, y complementario del mismo, que consiste en que el tipo penal exige que el hecho sea comisionado *personalmente* por el autor; vale decir, que sea cometido por él mismo, en forma personal y directa, ejecutando el verbo típico en *su* persona, no obstante la cooperación que pueda recibir de los cómplices.

Admitir la autoría de los demás intervinientes que no ejecutan personalmente el hecho, a pesar de que dominan el devenir del suceso por la trascendencia del aporte esencial y/o la división funcional de tareas, implicaría un coste para el principio de legalidad penal ya que el juzgador invadiría funciones del poder legislativo para crear tipos penales al forzar el límite lógico semántico del verbo típico, degradando sus contornos gramaticales, admitiendo como acción típica una conducta que no encuadra *formalmente* en el tipo penal (considerando que *accede carnalmente* a quien sólo *sujeta*, o que *afirma la falsedad* ante el juez quien *no prestó juramento* ni *declara* ante él, etc), con lo cual, nuevamente, se incurriría en una construcción analógica *in malam partem* del tipo, modificando el verbo típico por inclusión de conductas no previstas en él.

2.2.2.c. Delitos con requerimientos subjetivos especiales

El artículo 80 del Código Penal Argentino que en varios incisos da cuenta de claros elementos subjetivos del tipo, entre los que puede remarcarse el inciso 2 que invoca la alevosía, cuya construcción doctrinaria apuntala la idea de "matar sin riesgo

y sobreseguro", lo que implica una persona que se "aprovecha" del estado de indefensión de la víctima (o lo provoca) y obra de forma artera al quitar la vida.

Algo similar ocurre cuando el mismo artículo del Código Penal de la Nación Argentina pero en su inciso 7, castiga con prisión o reclusión perpetua a quien cometa un homicidio *por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito;* es decir, por el especial ánimo de despecho ante la frustración del delito previo al asesinato, el criterio del dominio del hecho también se observa complementado por un requerimiento subjetivo especial, ya que no basta, como se suele decir, controlar las riendas del suceso, tener el sí y el cómo del hecho, sino que es preciso que el autor obre conforme a este especial requerimiento subjetivo.

Es aquí donde vemos que también existen límites al principio general del dominio del hecho, cuando no basta con la mera dominabilidad del suceso y la aportación esencial al curso del acontecer, pues se exige, ya en el tipo penal, que el autor del injusto obre conforme a especiales requerimientos subjetivos independientes y distintos del dolo.

"*Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden del puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esta realización*" (Zaffaroni, Plagia y Slokar);[93] por lo cual, solamente puede ser autor quien ejecute el hecho subjetivamente, conforme a las ultrafinalidades (ultraintenciones) o elementos anímicos previstos en el tipo.

Esta especial nota de subjetividad no es una cuestión de poca importancia, pues puede existir una pluralidad de intervinientes; y, muy probablemente, no todos ejecuten el hecho conforme a esta especial animosidad.

Por ejemplo, si dos sujetos intentan robar un teléfono celular, y la víctima logra huir con sus pertenencias al tiempo que pide socorro, razón por la que uno de los sujetos lo apuñala por no haber logrado desapoderarla del aparato, únicamente este último comete el homicidio agravado *criminis causae*, ya que sólo él ha obrado conforme al especial ánimo, el cual no puede

[93] *Parte General*, cit., pp. 542 y ss.

trasladarse a su socio por la lisa y llana ejecución conjunta del robo anterior. El restante sujeto, por más que haya intervenido en el delito precedente, dominándolo, en ningún momento su conducta estuvo dirigida a cometer un homicidio por no haber logrado el robo ejecutado. Atribuirle este último hecho también a quien no apuñaló a la víctima implica consagrar el tan temido principio de *versari in re ilícita*,[94] mediante el cual éste responderá objetiva y reflejamente por el hecho ajeno, por la mera circunstancia de haber intervenido en un injusto.

Recurramos a otro ejemplo, si un traficante de drogas detenta en un depósito sustancias estupefacientes con la finalidad de comercializarlos (artículo 5, inciso c) de la Ley 23.737 de la Argentina), el tipo penal requiere que los *tenga con fines de comercialización*; esto es, el dolo quedará abarcado con el conocimiento y voluntad de poseer la sustancia ilícita; mas esa subjetividad no será suficiente para que se pueda imputar el hecho al sujeto como de su autoría, pues dicha detentación material debe estar guiada por una especial finalidad comercializadora futura.

Si un sujeto, en cambio, le ha comprado a aquél traficante 10 dosis de la droga que comercializa con fines de consumo personal (artículo 14, segundo párrafo de la misma ley), el dolo también es, al igual que el anterior, de *tener estupefacientes*; mas la ultrafinalidad es otra, pues sólo en ella hallaremos diferencias en la tipicidad: El traficante *tiene* para *vender*, el comprador también *tiene*, pero para *consumir.*

Como se observa, sin el detalle de la finalidad ajena al dolo, la acción típica, considerada aisladamente desde el punto de vista del dolo, impediría un correcto encuadre típico, puesto que este particular elemento anímico cumple un cierto rol de recorte de la tipicidad al precisarla y concretarla.

2.2.2.d. Delitos imprudentes y coautoría

El paradigma finalista impone que no puede existir dominio del hecho en los delitos culposos, pues éste implica una preordena-

[94] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob, cit., pp. 565 y ss.

da planificación en pos de obtener el resultado típico, lo cual requiere el dolo, no bastando la mera posibilidad de dominio del suceso; esto es, no sólo su dominabilidad física y conforme al especial entrenamiento del autor, sino también la voluntad de dominar el curso del acontecer, excluyéndose, en éste último aspecto, a la imprudencia penal.

Dice Welzel[95] que "*la autoría culposa es una causación del resultado evitable. Todo aquel que ha llegado a ser causal, de un modo evitable, de la muerte de otro, es autor… Toda forma de cocausalidad evitable es autoría culposa. Por eso no hay participación en el ámbito de los delitos culposos, pues también ella sería cocausación evitable, y por eso, autoría culposa*", llegando a afirmar que en los delitos imprudentes, "*la autoría (se encuentra) estructurada sobre la causación de un resultado evitable, de los tipos culposos*", diferenciándola totalmente de la autoría dolosa, fundada ésta en el dominio del hecho, tal como vimos.

Citando nuevamente al eminente jurista, este dice que "*El disvalor de acción consiste en la realización de una acción que causa una lesión de bienes jurídicos, a consecuencia de la no observancia de la diligencia jurídicamente impuesta. El contenido finalista de la acción no se describe generalmente en los tipos culposos. Por eso basta, en principio, toda actividad finalista,* ***que acarrea causalmente una lesión de bienes jurídicos****; así el homicidio culposo, las lesiones corporales, el incendio (SS 222, 230 y 209) y otras (tipos puros de causación)… En los tipos puros de causación* ***es autor todo aquel que ha aportado algo, a través de una acción imprudente cualquiera, a la causación del resultado****. En cambio, en los* ***tipos de causación con un núcleo finalista*** *de acción,* ***la autoría se limita a la realización de la acción finalista adecuada al tipo****: autor del falso juramento culposo es sólo quien declara y jura, pero no el que por imprudencia, solamente es causa de que alguien declare en falso*".[96]

Concluimos así en que **la dominialidad del hecho no puede aplicarse a los delitos culposos**, pues ello desnaturalizaría la

[95] WELZEL, *Parte General*, ya cit., p. 104.
[96] WELZEL, ob. en cit., pp. 138/9.

propia naturaleza típica de los mismos, en el cual la conducta no se dirige a la obtención del resultado.

La noción de dominio del hecho no puede emplearse para fundar la autoría culposa, tal como fue advertido implícitamente por el profesor de Bonn, en virtud de que, subjetivamente, el autor imprudente *causa un resultado*; pero la dirección de su voluntad no se encamina a ello, por lo cual, carece de toda voluntad de dominio del hecho.

Por otro lado, cuando un hecho fue cometido con culpa es oportuno destacar en torno al autor que la doctrina en general ha señalado dos caminos, uno extensivo y otro restrictivo: uno que entiende a todos los que favorecen imprudentemente a la realización del hecho delictivo como autores mientras que el otro limita a los intervinientes para cumplir con la manda del Derecho Penal de mínima intervención.

Imaginemos el caso de una intervención quirúrgica, donde el instrumentista no estelirizó adecuadamente el material, lo cual se aprecia a simple vista, mientras que el cirujano tampoco ofreció mucho celo, pues utilizó el bisturí sin comprobar en forma suficiente su estado. Ambos violan el deber de cuidado, pues infringen la *legis artis*, debiendo corroborarse si a ambos sujetos se les puede imputar, como coautores, el resultado lesivo. Este es un terreno insuficientemente explorado por la doctrina y es precisamente donde radica el mayor problema de la autoría en esta especial clase de delitos en la que varias personas concurren a co-causar el resultado, pues ello lleva a verificar la posibilidad de una coautoría imprudente.

Creemos que los delitos culposos y la coautoría nos imponen el desafío de evitar un regreso desmedido a la teoría de la *condictio sine qua non*, siendo que este debe ser un terreno a explorar por nuestros especialistas.

Entendemos que los criterios de incremento del riesgo, dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva, arrojarán mejores resultados que la mera equivalencia de las condiciones.

CAPÍTULO 3

DOMINIO DEL HECHO. DERECHO COMPARADO

1. Análisis crítico: Jakobs y la teoría del dominio del hecho bajo la lupa del funcionalismo. 2. La autoría en la teoría finalista. 3. El criterio de *dominabilidad:* Zaffaroni, Alaggia y Slokar. 4. Luzón Peña: La determinación objetiva del hecho y la autoría en los delitos culposos y dolosos. 5. Enrique Bacigalupo: Su pensamiento sobre la teoría del dominio del hecho. 5.1. Acción u omisión en posición de garante. Delitos de omisión impropia. 5.2. Semblanza: Bacigalupo. 5.3. El pensamiento penal en los albores de Bacigalupo. 5.4. La huella de Bacigalupo en la Dogmática jurídico penal. 5.5. La Filosofía del Derecho y el estrecho vínculo con la Ciencia del Derecho. Europa y su proyección en Latinoamerica. 5.6. La jurisprudencia hecha doctrina. Nexo causal natural y normativo. Garante. Tentativa en los delitos impropios de omisión. 5.7. Derecho Penal económico. El desafío frente a la empresa. 5.8. Bacigalupo; la vigencia y perennidad de su obra. 6. Reseña de la teoría del dominio del hecho en el derecho colombiano. 7. El abordaje de la autoría en la doctrina peruana. La influencia de Roxin.

1. ANÁLISIS CRÍTICO: JAKOBS Y LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO BAJO LA LUPA DEL FUNCIONALISMO (IDEAS DE JAKOBS)

A modo introductorio, para esclarecer en que consiste el sistema que ha gestado Jakobs expondremos un catálogo guía de sus ideas:

– **El Derecho Penal:** tiene la *misión* de garantizar la identidad de la sociedad.[1]

[1] Cfr.: *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*, JAKOBS, G.; p. 33, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

– **El funcionalismo jurídico penal:** teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.[2]

– El **Delito**: es el quebrantamiento de la vigencia de la norma,es la *desautorización de la norma o falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuado*. Se presenta como una perturbación social provocada por el apartamiento del rol por parte de su portador. El delito supone una comunicación defectuosa, una expresión de sentido entre personas, desautorizada por la norma. Resulta relevante que no haya cumplido de manera evitable con las expectativas que de él se tenían. El delito no supone un suceso natural entre seres humanos, como así también no está determinado por la afectación a un bien jurídicamente protegido.[3]

– **Teoría de la imputación objetiva**: "El mundo social no está ordenado cognitivamente, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto".[4]

– **Riesgo permitido:** excluye el tipo. La vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgo, y lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo.

Por su parte cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe.[5]

Intrasistemáticamente, el riesgo permitido se lo coloca como un excluyente de la tipicidad (Roxin); como riesgo social permitido que excluye el tipo (Jakobs);[6] puede

[2] Cfr.: *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, JAKOBS, G., p. 15, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

[3] Puede verse entre otras tantas obras: *Derecho Penal. Parte General*, JAKOBS, G., trad. Cuello Contreras, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.

[4] Cfr.: *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, JAKOBS, G., p. 11 (prólogo), Editorial Civitas, Madrid, 1996.

[5] Aclara Jakobs, "un apretón de manos puede transmitir una enfermedad, una anestesia médicamente indicada, y aplicada conforme la lex artis, puede provocar una lesión".

[6] Ver: "Imputación Objetiva", PARMA, CARLOS, p. 56; *Revista del Foro de Cuyo*, Nº 30, Mendoza, 1998.

verse como una causa de justificación posicionado en la antijuridicidad (Stratenwerth); oportunamente se dijo que excluye la culpabilidad (Torío López); que alcanza a todas las justificaciones (Jescheck); o bien que es el resultado de un "tipo" de actividad adecuada socialmente (Mir Puig).[7]

– **Injerencia:** "en el delito de comisión, así como el delito de omisión sólo puede ser cometido por una persona competente; es decir, *por un garante*. El delito de comisión sólo puede ser cometido por una persona que se conduce generando un riesgo no permitido, sólo el autor que actúa de modo objetivamente imputable es garante de la evitación del resultado".[8]

– **Fidelidad al derecho:** el grado de fidelidad al Derecho se establece como un baremo objetivo en vistas de que el Derecho Penal garantiza la expectativa de fidelidad al derecho del "otro", en caso contrario, se comporta de manera culpable, con total independencia de su conocimiento o no. Quien es culpable entonces tiene un déficit de fidelidad al derecho. Por ende, con **dolo** actúa "quien conoce el riesgo por él creado".[9]

– **Sociedad y persona:** La sociedad es comunicación. Existe sociedad si hay normas reales, y en la medida en que las haya.

  Persona es aquel a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho. La persona no actúa según el esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino según el esquema de deber y espacio de libertad. Persona real es aquella cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma. El hecho del infractor de la norma, muestra la contrapartida de la sociedad real y sólo se halla vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por ella (por la sociedad) como persona: justamente por esto, se

[7] Cfr.: *Derecho Penal. Parte General*, MIR PUIG, SANTIAGO, p. 246, Editorial PPU, Barcelona, 1990, 3ª edición.

[8] Cfr.: *Teoría y Praxis de la Injerencia*, JAKOBS, GÜNTHER, p. 85, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000.

[9] Cfr.: "La Ciencia del Derecho Penal Ante las Exigencias del Presente", JAKOBS, G., pp. 125/127, Separata Nº 20, Estudios de Derecho Judicial, Xunta de Galicia.

mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal… Subsiste su personalidad formal. Por tanto, el infractor de la norma tiene que seguir siendo persona.

- **Sujeto**: en el ordenamiento jurídico no existen seres humanos, sólo existen sujetos. Este sólo conoce "personas". Lo que al derecho le interesa es el sujeto que desempeña un rol. Aquí lo que pesa es "si existe un deber o no".
- **Culpabilidad material**: es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. El Derecho Penal de culpabilidad siempre estuvo fundamentado por sus fines sociales.[10]
- El **principio de culpabilidad**: significa que sólo ha de pensarse cuando se produce un hecho culpable, y no después de la realización de un injusto culpable: la culpabilidad, la falta de fidelidad al derecho actuada en cuanto desautorización de la norma, a su vez, es *un asunto social* y no es susceptible de ser descrita como suceso en la psique del autor.
- El **fin de la pena**: es la *prevención general positiva*; general, porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena,[11] sino en una tranquilización, en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena. La prevención general positiva tiende a asegurar la confianza en la norma.[12]
- **Bienes jurídicos**: el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ata-

[10] Cfr.: *Fundamentos del Derecho Penal*, JAKOBS, G., pp. 60 y 69, Editorial Ad Hoc, 1996.

[11] Áquí se marca una diferencia con la teoría de Hart sobre "la situación del asaltante", donde este autor equiparaba tal actitud con la permanente amenaza de pena que la norma tiene para con quienes deben cumplir una obligación jurídica, ya que se hallan en similar situación de coacción (ver: *Lenguaje Jurídico y Realidad*, OLIVECRONA, KARL, p. 14, Editorial Fontamara, México, 1992).

[12] Cfr.: *Temas de Derecho Procesal y Penal*, PARMA y VIGAZZOLA, p. 18, Ed. Jurisprudencia de Mendoza, 1999.

ques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen frente al Derecho. El derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el derecho es la estructura de la relación entre personas.[13]

– **Rol**: en relación a él, el mandato debe decir: "No quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho".

  Quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol. Quien no hace nada que contradiga su rol, tampoco defrauda ninguna expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado. El contenido del rol queda determinado por los institutos de la imputación objetiva.

– **Defectos**: en materia de culpabilidad un *defecto volitivo* agrava la responsabilidad ("la norma me da igual"), mientras que el *defecto cognitivo* la exonera ("a pesar de esforzarme al máximo, no pude darme cuenta").[14] Sólo puede cumplir una norma quien actúa con voluntad conciente y conocimiento despierto.

– **Conocimiento de la norma**: las suposiciones de legitimación esotéricas no anula el conocimiento de la norma. Para la punición haría falta un tipo de infidelidad determinada de la norma.[15]

– **El Sujeto agresor**: es infiel a la norma, de tal manera con su actitud hostil "resquebraja la confianza en la norma". Y la pena, ¿qué hace? restituye la confianza en la norma.[16]

– **El autor mediato:** La autoría mediata es una autoría directa disfrazada. El autor es siempre señor del hecho respecto de la prestación del instrumento. La idea del dominio del hecho no contribuye en nada a la solución.

---

[13] De su conferencia en Mendoza, agosto de 2000, sobre "Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma".

[14] Cfr.: *Culpabilidad –lineamientos para su estudio–*, PARMA, CARLOS, p. 161, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997.

[15] JAKOBS, G., *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno,* Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 79.

[16] PARMA, C.,"El Pensamiento Penal Posmoderno", en *Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo*, Nº 30, San Juan, Argentina, 1998, p. 109.

– **Prohibición de regreso:** se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito; es decir, que puede ser "distanciado" de él (Cancio Meliá).

Se pretende demarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Se resume en la mentada frase "*no todo es asunto de todos*".

Dejando ya de lado la introducción y adentrándonos específicamente en su concepción sobre la autoría y la participación criminal, este jurisconsulto ha desarrollado, desde su visión sobre la teoría de la imputación objetiva, lineamientos que tocan sensiblemente esta problemática. Parte de su clásica distinción del natural reparto de roles que se da en toda sociedad, en la cual discrimina nítidamente en dos grupos bien diferenciados: Por una parte, los denominados *roles especiales*, mediante los cuales las personas deben configurar, juntamente con otras, un espacio organizacional común (como los padres con referencia a sus hijos, etc.). En este espacio común, quienes ejercen el rol se desempeñan como segmentos de las instituciones fundamentales y que configuran la sociedad (en el ejemplo: la familia).[17] Allí se agrupan los delitos de infracción de un deber. Luego, y esto será lo relevante para nuestra temática, los *roles comunes*,[18] los cuales se reducen a una reflexión general, a un único rol que abarcará todo el amplio espectro de la autoría y la participación en general: "*El rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios*". Dicho rol ostenta un lado negativo, consistente en el deber de no dañar a los demás, en definitiva: el *nemimen laedere*.

Ya el maestro Jakobs[19] había dicho que "*el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría*", ya que, junto a éste, y tal como dijimos antes, está también el

[17] JAKOBS, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Ed. Ad Hoc, 1996, p. 71.

[18] JAKOBS, ob. cit., pp. 72 y ss.

[19] JAKOBS, GÜNTHER, "El ocaso del dominio del hecho", Ciclo de Conferencias y Seminarios 2000, Mendoza, 25/8/00, Universidad Champagnat.

deber especial, los delitos de propia mano y la especial problemática de los delitos de omisión, cuestionando la posibilidad de construir un concepto unitario de autor con un dominio y un deber. Pone en tela de juicio la solución de Roxin a través del concepto de "*figura central*" del suceso, calificando sus soluciones como método dialéctico, concluyendo que "*la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva*". Para Jakobs, la causación de un resultado puede ser atribuida a un sujeto dentro del ámbito de responsabilidad o competencia de éste, y esto es un elemento normativo, ya que el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. El mismo criterio debe tenerse en cuenta para fundamentar la coautoría, como también la autoría mediata.

Retomando el lineamiento que comenzó a desarrollarse al inicio de este apartado, el aspecto negativo del rol general de no dañar se puede afectar, infringiendo ese rol, mediante una *organización defectuosa de la conducta actual*, como así también, en razón de que *no se conjura el peligro que conlleva el ámbito de organización*. Pero más importante aún que esto es que, según Jakobs, dicha organización conductual también puede ser conjunta, en donde se configura la participación de varios intervinientes, pero no en el sentido de una mera conjunción concomitante, donde cada uno aporta individual y separadamente a algo común, sino de forma tal que las acciones deban ser consideradas como *obra del grupo*, es decir, como si fuera *una sola obra* y en virtud del reparto de trabajo.

"*Lo punible en este tipo de comportamientos es el comportamiento que tiene lugar a partir del comienzo de la tentativa; todo lo anterior es comportamiento previo al hecho, todo lo que acontece después, comportamiento posterior al hecho*",[20] este es el axioma del que parte el profesor de Bonn para construir su tesis. El mismo debe entenderse en el sentido siguiente: quien no intervino en la fase ejecutiva del hecho no ha cometido de propia mano el delito, por deducción lógica, no ha dado prin-

[20] JAKOBS, ob. cit., p. 75.

cipio de ejecución al mismo, sin perjuicio de lo cual el jurista se pregunta: ¿Cuál habrá de ser el criterio que justifique la punibilidad de quien *no ejecutó el injusto de propia mano*, si es que se quiere mantener la premisa de que "cada cual responde por su propio injusto y no por el injusto ajeno?

Construye su respuesta al interrogante formulado, afirmando que "*ha de reconocerse que quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho. Sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes. Por tanto, no es necesario manipular la aportación del participe previa a la ejecución para convertirla en injusto, sino que esa aportación no es más que la razón por la cual también al partícipe en la fase previa se le imputa como injusto suyo la ejecución llevada a cabo por el otro. Desde luego, todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio sólo pueda ser el injusto realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa*"[21] … "*quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio*".[22]

La cuestión transita entonces por la existencia de una *razón válida para imputar como propio lo sucedido*, sin recurrir a términos naturalistas que provocarían la exclusión del ámbito de participación de quien actúa en la fase previa.

Dicha razón válida será la *expresión de sentido de la persona competente*,[23] lo cual no significa sólo incluir a la ejecución de propia mano, sino a toda aquella que permita construir ese juicio de imputación por el *sentido social* de la conducta desplegada. Jakobs recurre al ejemplo del disparo del arma de fuego: La imputación basada en la sola acción de jalar el gatillo, simplemente recurre a datos naturalistas de causación que excluyen, en cierta medida al menos, al actuante en la fase previa de la ejecución. Ahora bien, ese *dato naturalístico*, que

[21] JAKOBS, ob. cit., p. 76.
[22] JAKOBS, ob. cit., p. 77.
[23] JAKOBS, ob. cit., p. 78.

de por sí no dice mucho, se convierte en relevante allí cuando implique una *expresión de sentido*, lo cual solamente puede caber ante una persona que es competente para expresar ese particular sentido, pues allí adquiere *significado social*.

Así, el autor del hecho no es visto como una persona de carne y hueso, es decir, en forma naturalista, sino como el destinatario final de la imputación, pues es quien da el sentido a su accionar, siendo que el mismo razonamiento se puede trasladar a un colectivo, integrado éste último por "*todas aquellas* (personas) *que hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serle imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían*".[24] En definitiva, tanto autores, cómplices e instigadores quebrantarían el rol de *buenos ciudadanos*, pues todos ellos configuran su organización de forma tal que dan *expresión objetiva de sentido delictivo* a sus conductas, pero no por ser, naturalísticamente, simples cocausantes del resultado criminoso, sino porque sus conductas adquieren, objetivamente, ese sentido criminal.

Esta elaboración doctrinaria está precedida por la critica a la posición que sostiene la punibilidad de la participación a partir de la noción de la tipicidad ampliada personalmente, en el sentido que el injusto del cómplice se integra por el acto de cooperar en la ejecución del autor, lo cual se podría realizar antes del acto de tentativa (como entregar el arma al autor antes de blandirla este último). El autor no está conforme con esta premisa, pues si el delito consiste en *arrogarse* una organización ajena, quien participa *antes* de la ejecución no se arroga nada; es decir, si yo le entrego un arma de fuego a quien será el autor del futuro homicidio, ello no invade un ámbito ajeno de competencia organizacional, pues falta aún que el arma sea utilizada por el autor, quien es el que se arroga esa organización ajena.

Sin embargo, el producto final de su tesis cae, a nuestro juicio, como Jakobs ha podido notar, en una argumentación circular, pues el sentido delictivo del comportamiento se corro-

[24] JAKOBS, ob. cit., 78/9.

bora a partir del quebrantamiento del rol general de no dañar, mientras que el papel del buen ciudadano, el rol de respetar el *neminen laedere*, se quiebra cuando se expresa un sentido delictuoso de la conducta, círculo del cual intenta salir afirmando que el sentido delictivo se configurará cuando "*el partícipe no se aviene a realizar una prestación con carácter neutral, sino que específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento*",[25] aunque vale aclarar que en esto ningún papel juegan las intenciones del actuante, pues Jakobs se mueve en el terreno de la imputación objetiva.

Jakobs hace uso de a una serie de ejemplos en los que dice que no es lo mismo "*que alguien organice la ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad; que alguien venda un juego de llaves de reserva o tan sólo un destornillador; que alguien recorte, tal como se le indicó, el cañón de una escopeta o que sierre una vulgar barra de hierro; que alguien espere delante del lugar del delito con el motor en marcha o que simplemente lleve a cabo un servicio de taxi, etc. Puede que todos estos comportamientos tengan el efecto de favorecer el delito, pero sólo en los supuestos enunciados respectivamente en primer término, el sentido del comportamiento –incluso con independencia del sentido perseguido subjetivamente– es el de favorecer un delito que de este modo también se convierte en propio delito del interviniente; los supuestos enunciados en segundo término agotan su sentido en lo socialmente adecuado*".[26]

Con esto busca explicar que tanto autores, cómplices e inductores realizan acciones que *no están estereotipadas como socialmente adecuadas*, radicando allí el verdadero quid de la cuestión.

De esta forma, el jurisconsulto objetiva completamente la conducta de los sujetos que concurren a realizar la empresa criminal, de manera tal que la aportación objetiva a la misma se determina por su mera *exterioridad*, su *sentido social expreso*, empleando terminología jakobsiana, y prescindiendo de los

[25] JAKOBS, ob. en cit., p. 88.
[26] JAKOBS, ob. cit., pp. 88/9.

conocimientos que puedan tener, los que, en su caso, juegan su papel en el juicio de imputación subjetiva.

No obstante, el profesor de Bonn admite, con respecto al sentido objetivo del comportamiento, que el mismo no se basa sólo en su configuración, sino también ***en el contexto en el cual se sucede el hecho***, pues "*puede que un contexto marcadamente delictivo repercuta en un comportamiento* ***que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad***".[27] El problema es que dicho razonamiento implicará volver al principio del círculo, pues se pierde la brújula objetiva del juzgamiento, que en rigor de verdad, no dista mucho de la vieja *adecuación social*.

Jakobs acude al famoso ejemplo del vendedor de cuchillos (en su caso, de una pala). Una riña se sucede frente a su establecimiento, y acude uno de sus integrantes al local comercial y requiere la entrega inmediata de una pala. Dice el autor en comentario, con relación a ello, que *puede que las cosas sean distintas*, sin perjuicio de lo cual afirma que ello no es excusa para retornar al viejo y superado naturalismo.

Vemos que el autor admite claramente una escala de grises en su formulación, pues reconoce que la vida social ofrece alternativas coyunturales entre extremos opuestos, donde se presentarán dificultades serias para determinar el sentido social del comportamiento evaluado.

En sí, parece difícil hallar diferencias sistemáticas verdaderamente gravitantes entre el caso del vendedor de cuchillos, cuyo contexto de actuación lo posiciona en una coyuntura cuyo comportamiento permitiría vislumbrar un sentido delictivo del mismo, lo cual reconoce el mismísimo autor comentado, y el famoso "caso del taxista", donde el mismo traslada a los confesos malhechores, los cuales le revelan sus planes delictivos.

Si el contexto *en sí* puede dar *sentido criminal* a la exteriorización de una conducta, y ello a pesar de que la prestación del partícipe pueda ser objetivamente inocua y estereotipada (prohibición de regreso), pues parece que tanto el contexto del vendedor de cuchillos como del taxista los colocan en una

[27] JAKOBS, ob. cit., p. 90.

posición coyuntural o contextual para exteriorizar un sentido delictivo al comportamiento, pues el mismo ingresa en la escala de grises que ya mencionaramos.

Si el sentido delictivo del comportamiento no se decide simplemente por la configuración organizacional, lo cual objetivaría completamente la cuestión, sino también por el contexto en el cual se realiza la conducta, entonces lo que finaliza cerrando el juicio de imputación autoral será únicamente el contexto, pero nada tendrá que ver el sentido objetivo de la conducta en sí.

En esa medida, parece que los problemas de imputación y autoría no pueden resolverse apelando a la teoría de los roles sociales, pues éstos ceden ante el contexto puntual en que se sucede el hecho analizado.

Si una persona que, ocasionalmente, lleva una caja de herramientas, se topa por la noche con dos personas encapuchadas, las que están frente a una puerta, le piden una llave y una barreta, y esta persona hace entrega de estos elementos y se retira; quitando el contexto en el que desempeñó su rol, el mismo es inocuo, pues entregar una llave y una barreta no tiene un sentido objetivamente delictivo, pues la circunstancia de que los sujetos empleen estos elementos para forzar la puerta, ingresar y cometer un robo, no responsabilizaría, en el pensamiento de Jakobs, al sujeto que llevaba la caja de herramientas, ya que rige para el mismo la prohibición de regreso. Lo mismo pasa en el caso de la hogaza de pan, que el panadero vende a su cliente, pese a que el mismo le confiesa que lo utilizará para envenenar y asesinar a su esposa, ejemplo que también plantea el problema de la "inocuidad" del aporte.

Tanto en uno como en otro ejemplo "*entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito. Bien es cierto que en tal caso la otra persona ya no puede alegar que simplemente nada tiene en común con el autor –pues dicha persona consintió en transferir la prestación al autor–, no obstante lo cual,* ***lo que de común hay carece de todo significado delictivo****: de ahí que el sujeto no haya quebrantado su rol*

inocuo".[28] En el primer caso, si entregar una llave y una barreta carece de significado criminal, entonces regiría la prohibición de regreso, claro que sacando del contexto el acto de la entrega.

Al hablar de la prohibición de regreso, el profesor ha dicho que "*ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es* ***el sentido objetivo de un contacto social*** *y qué es* ***lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo****. Con carácter general, únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; éste es el sentido socialmente válido del contacto. Al no objetivarse, al menos no en ese contexto, el sentido que subjetivamente se persigue en nada atañe a la otra persona*".[29] "*En estos supuestos, lo común, que se objetiva de modo socialmente relevante, concluye con la transferencia que tiene lugar;* ***esta transferencia incrementa el peligro de que se produzcan consecuencias delictivas no por su contenido –no se transfieren prestaciones peligrosas–, sino únicamente por la planificación delictiva que lleva a cabo el receptor****. Sin embargo, esta planificación no tiene expresión alguna en lo que de común hay entre quien da y quien recibe. Por consiguiente. tampoco en este caso quien da puede encontrar algo propio en el delito realizado por el sujeto receptor*".[30] El grave problema que tiene este razonamiento es que es visiblemente contradictorio cuando se trae a colación el contexto en el cual se actúa y que puede dar sentido criminal a la conducta.

El taxista, el vendedor de cuchillos, el panadero y el sujeto que llevaba la caja de herramientas, todos ellos, realizaron aportes objetivamente inocuos, estereotipados, enteramente fungibles, lo único común con el ejecutor, también objetivamente, es este aporte, que se correspondería con el rol general del buen ciudadano, ya que *no es portador de sentido criminal*. La planificación delictual del criminal, aun sabida por los sujetos aportantes, no cambia las cosas en el planteo jakobsiano. Mas el contexto en el que se desarrolla la conducta muestra con evidencia el dinamismo de los roles, nunca estáticos, jus-

[28] JAKOBS, ob. en cit., p. 82.
[29] JAKOBS, ob. cit., p. 83.
[30] JAKOBS, obra en cita, p. 84.

tamente por desarrollarse dentro de un contexto situacional, afectandose así la noción de lo que implica el rol del buen ciudadano, Zaffaroni, Alagia y Slokar refieren a la teoría de los roles, y señalan que la tesis jakobsiana implica un retorno a la teoría unitaria de autor, con la diferencia de que ya no se funda ésta en la mera causalidad del aporte, sino en la violación de roles sociales mediante la realización del aporte (sentido social del comportamiento); esto es, es una tesis amplia donde *todo causante que viola roles es autor*, con lo cual se pierde la diferenciación entre el autor y el partícipe,[31] resultando claramente retardatario en la ciencia penal.

En esta hermenéutica, tal parece que la postura de Jakobs fracasa, pues ostenta fisuras discursivas internas que no parecen poder repararse sin con ello perder coherencia. Entendemos que este criterio imputativo no está lo suficientemente elaborado como para ostentar la pretensión de reemplazar al viejo pero seguro "dominio del hecho".

Dentro de una tesis funcional sistémica, donde el delito es visto como expresión comunicacional negativa y disfuncional con respecto a la configuración de la sociedad, mediante lo cual la pena se muestra como estabilización de la norma social infringida, se busca una cohesión, pura y exclusivamente, en modelos idealistas rígidos e inconmovibles, siendo un modelo de Derecho Penal que, ante la presencia de datos fácticos y empíricos, destrozaría sus mismas bases, derrumbando su edificación.

2. LA AUTORÍA EN LA TEORÍA FINALISTA

La teoría finalista rescata dos tipos distintos de autoría: una autoría estructurada sobre el dominio finalista (delitos dolosos) y otra estructurada sobre la causación de un resultado evitable (delitos culposos). El dominio finalista del hecho es la característica general de la autoría.[32]

[31] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. en cit., pp. 775/6.

[32] WELZEL, HANS, *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, pp. 104/106. Traducción: Carlos Fontán Balestra.

Asimismo el concepto finalista de autor emerge del concepto de acción final y del injusto personal. Pertenecen al concepto de autor:

a. La característica general de autor: el dominio finalista del hecho. Así dueño es quien lo ejecuta en forma finalista sobre la base de su voluntad.

b. Las características específicas de la autoría:
   1) características objetivas-personales de autor: los especiales deberes del autor, inmanentes a su posición (funcionario público, etc.);
   2) las características subjetivo-personales de autor: las intenciones especiales, formas de ánimo o sentimiento (ensañamiento, etc.).

Para Welzel todo injusto es injusto personal. Esto quiere decir que el autor coacuña lo injusto, por lo que la teoría de la autoría pertenece a la teoría de lo injusto.

3. EL CRITERIO DE *DOMINABILIDAD:* ZAFFARONI, ALAGGIA Y SLOKAR

La *dominabilidad*, es el presupuesto introducido por Zaffaroni junto a Alaggia y Slokar como criterio objetivo sin el cual el dominio del hecho resultaría imposible.

De ese modo, cuando el hecho no resulte dominable, por más que se compruebe la existencia de una planificación puesta en marcha hacia la concreción del resultado típico, este será imputado no al agente, sino al mero azar. Para construir este criterio, dichos jurisconsultos elaboraron cuatro reglas básicas, conforme a las cuales un tercer observador no podría deducir, en un juicio ex ante, la existencia de un plan criminal:

a. Dominabilidad física*:* esto es, la posibilidad de dominio del hecho conforme al estado actual de la ciencia. Así, "*los cursos causales que, en el actual estado de la ciencia y de la técnica, no pueden ser dominados por nadie, no eliminan*

el dolo, sino que ni siquiera tiene sentido preguntarse por el dolo, dado que en el tipo objetivo no aparece un curso causal capaz de ser dirigido en medida humana".[33] De tal forma, no puede concebirse un plan criminal racional si el hecho, en su producción, no es dominable o conducible físicamente.

En el famoso ejemplo del sobrino que envía a su tío a dar un paseo en el bosque, un día de tormenta, con la esperanza de que un rayo lo mate, se resuelve en la concepción de los juristas, apelando al criterio de la imposibilidad de dominio físico del hecho, pues por mucho que hubiese existido una planificación que, azarosamente, resultó exitosa, igualmente no tiene sentido preguntarse por el dolo del agente cuando este no tenía ninguna chance razonable de dirigir la causalidad.

b. Hechos humanamente dominables[34] (a contrario sensu de los anteriores): cuentan con dos premisas:
   1. Hechos que son dominables por cualquier persona;
   2. Hechos cuyo dominio requiere la existencia de conocimientos especiales en el autor. La regla general es que "*el curso causal es dominable cuando el agente reúne las condiciones de conocimiento o entrenamiento especiales necesarias para poder asumir el dominio del hecho*". En tal hermenéutica, cualquier observador tercero afirmaría ex ante la existencia de un plan delictual si el agente esgrime un puñal y arremete contra su víctima, pues es plenamente dominable el suceso por cualquier persona en condiciones físicas de desarrollar esa acción, más se precisarían de conocimientos especiales si ese mismo agente quisiera matar a su víctima, la cual yace dormida en su lecho, empleando un gas venenoso, para lo cual requeriría mezclar compuestos químicos. Así, el tercero observador sólo comprobaría, desde la mera exterioridad y sin perjuicio del posterior examen del dolo, un plan criminal, si el autor es un químico o un estudiante

[33] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Parte General*, ya cit., p. 509.
[34] Ob. cit., p. 510, ac. 7.

de bioquímica. El conocimiento especial, no obstante la efectividad del dolo en su caso, es tan objetivable como cualquier otra circunstancia fáctica del hecho.

c. Supuestos de tentativas aparentes o de tentativas aparentes con resultado (en caso de fortuita producción del resultado). En estos casos el agente escoge medios absolutamente inidóneos para lograr el resultado, por ende *no hay dominabilidad cuando los medios son notoriamente inadecuados para la obtención de los fines*.[35] En estos supuestos, existe una inidoneidad ex ante del medio para lograr el objetivo criminal propuesto, de forma que ningún tercero observador aseveraría la puesta en marcha de un plan delictivo. Quien observa al agente preparar un brebaje para su víctima, invocando a un demonio para que se introduzca en el mismo e ingrese en el cuerpo de la víctima, no puede afirmar, racionalmente, que se esté ejecutando e intentando un homicidio (aparente tentativa), pues el medio es totalmente supersticioso, incapaz ex ante para lograr el fin homicida. Si, por azar, la víctima fallece de un paro cardio-respiratorio, claramente no fue por la poción, de forma que a la tentativa aparente se le suma, por mera casualidad, el resultado buscado. En estos casos, no es posible dominar el hecho, pues el medio no es apto, ya desde el punto de vista racional, para lograr el fin buscado, de forma que si este se produce es pura contingencia.

d. La viabilidad de la tipicidad imprudente, pese a la falta de dominio, esta no se pueda descartar de plano. "*Cuando no hay dominabilidad no es posible imputar objetivamente en el delito doloso, pero nada excluye la posibilidad de tipicidad culposa de la acción*".[36] Si un sujeto conduce su vehículo a 140 km/h por una avenida principal, durante hora de la tarde y obviando toda disposición de tránsito, cualquier persona en su sano juicio afirmaría que busca matar o lesionar a un peatón, en virtud de la temeridad de su accionar; mas el sujeto actúa solamente en forma negligente.

[35] Ibídem, p. 511, ap. 9.
[36] Ibídem, p. 511, ac. 11.

Los tratadistas afirman que aun en estos casos de imprudencia es factible la dominabilidad del hecho en virtud de la culpa temeraria; es decir, cuando un tercero observador aseguraría la existencia de un plan criminal, más el autor actúa sin dolo.

Ahora bien, debemos aclarar que esta dominabilidad debe ser entendida como mera *posibilidad de dominio*, pues como lo reconocen los mismos juristas en mención, el agente *no asumió el dominio del delito* (lo cual no ocurre nunca en los delitos culposos), es decir, no puede hablarse de dominio sin que se configure una planificación causal puesta en marcha hacia la consecución del fin.

En la concepción de los tratadistas citados, podría decirse en resumen, que la dominabilidad funciona como un factor de imputación objetiva, independientemente de los rótulos, pues los autores conciben a la dominabilidad en el marco de la tipicidad conglobante, aunque, es de destacar, arriban prácticamente a los mismos resultados que los conseguidos en la formulación de la imputación al tipo objetivo, versión roxiniana.

Que los distintos doctrinarios desembarquen en el mismo resultado por diversos caminos no puede hacernos perder de vista que el resultado final es común. Sea que se considere al hecho a analizar como físicamente imposible de dominar, o que se entienda que no se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado,[37] la conclusión es común, pues no podrá concebirse, en ambas formulaciones, la configuración del tipo objetivo.

La diferencia estriba en que Roxin se conduce dentro de un esquema normativo para solucionar estos problemas interpretativos. Él dice: "*Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas. Como la provocación de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede estar prohibida,*

[37] ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Ed. Civitas, 1997, p. 366.

no habrá una acción homicida típicamente delictiva aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto de una lesión de un bien jurídico".[38]

Por su parte, los tratadistas argentinos parten, en el criterio de la dominabilidad, de una formulación, más naturalista, pues se considera la imposibilidad física de dominio, lo que no es una cuestión normativa; la no dominabilidad personal del hecho, cuando el autor no reúne las condiciones o conocimientos especiales necesarios para desarrollar el dominio del hecho, y que hace a la verificación de circunstancias específicas y personales del autor; a la par que se especifica que no domina el hecho quien escoge medios no aptos para conseguir el fin delictual, lo cual es una circunstancia objetiva, concreta y puntual del hecho.

En esta comparación es enriquecedor poner a salvo la concepción de la dominabilidad, como filtro previo del dominio del hecho, pues se muestra como un criterio adecuado para verificar casos en los cuales, ab initio, no es factible hablar de dominio del curso del acontecer.

4. LUZÓN PEÑA: LA DETERMINACIÓN OBJETIVA DEL HECHO Y LA AUTORÍA EN LOS DELITOS CULPOSOS Y DOLOSOS

Diego Manuel Luzón Peña en su trabajo "*La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado*", esboza los primeros resultados de una investigación en cuyo marco parece haber constatado la verificación de una *base fáctica común* para los delitos dolosos e imprudentes de resultado o causación.

La misma fue dirigida en las Universidades de Alcalá y León, referidas a los delitos dolosos e imprudentes de circulación (cuyos ejes fueron: autoría y participación; delitos de peligro; utilización ilegítima de vehículos).

¿Se basa la autoría imprudente en una tesis unitaria?, la cuestión no es menor, pues toca un punto neurálgico y muy

[38] Ibídem.

poco explorado por la dogmática, la cual no logra responder a esta interrogante.

El maestro de Alcalá critica la posición de los doctrinarios alemanes que sostienen una teoría unitaria de autor para los injustos culposos, lo cual considera retardatario en comparación con la evolución dogmática en otras áreas del delito imprudente de resultado.

Luzón Peña aborda su planteo distinguiendo en primer término, antes de analizar la imputación objetiva del resultado, si la acción que lo provoca es de autoría de un tipo, o una acción de participación en el mismo, caracterizándose a la primera porque ella *determina el resultado*, mientras que la segunda sólo *lo favorece, sin determinarlo*.

En palabras del autor: "*aquí se está discutiendo si en un tipo (objetivo) de delito de resultado, es decir, dentro de un hecho concreto, es previa la imputación objetiva del resultado o, por el contrario, la determinación de si la conducta (la acción: Derecho Penal del hecho) es de autoría o de participación. Y naturalmente que* ***ya desde la fase inicial de ejecución una conducta, por su modo de influir –determinando o solo favoreciendo– en el curso causal, puede ser de autoría o de simple participación:*** *en la tentativa (en sentido amplio) si luego no hay resultado desvalorado o si no hay imputación objetiva del mismo, o en el delito consumado en caso afirmativo –por operar solo con algunos ejemplos en delitos dolosos–.* ***Es decir, que se es o no autor dependiendo de la forma de actuación (que precede a las cualidades del resultado y de su causación)***".[39] De tal forma, siendo que la conducta siempre precede al resultado (o al peligro del hecho tentado), debería analizarse, según el tratadista, en primer lugar si la acción debe ser catalogada *de autoría* (determinante) o *de participación* (meramente favorecedora).

Del preponderante criterio de dominio del hecho, el profesor español observa y extrae la presencia de elementos objetivos y subjetivos, estos últimos en el sentido de una dirección final o consciente hacia el resultado, de manera que, como dijéramos con antelación, la falta de motivación disvaliosa de la conducta

[39] LUZÓN PEÑA, ob. cit., nota número 8.

culposa, en el sentido de no implicar una puesta en marcha direccionada de la causalidad hacia la consecución del resultado, impediría conciliar al dominio objetivo-subjetivo del hecho con los delitos imprudentes, pues en éstos no existe dolo, por lo cual la dirección hacia el resultado no puede concebirse.

Frente a esta situación se plantea al ***dominio o control objetivo del hecho*** como base fáctica común en los delitos dolosos e imprudentes pues en ambas la conducta es configurativa del resultado. Este concurre *independientemente* de la voluntad de dominar o controlar.

Este dominio o control es el presupuesto que permite *determinar* el curso del suceso, siendo que la dirección subjetiva en pos de lograr el resultado permitirá, en su caso, confirmar el dominio finalista del hecho, de conformidad con la tradicional concepción de la tesis del dominio doloso.

En definitiva, la *determinación objetiva del hecho* es, para Luzón Peña, una cualidad de la conducta, la cual se presenta en los delitos de resultado, sean estos dolosos o imprudentes, y cuya constatación permite afirmar la autoría, pues se tratará de una conducta que determina el curso de los acontecimientos.

Dice el teórico en mención: "E*n el delito doloso ese sustrato* (es decir, la determinación objetiva del hecho) *pasa a denominarse dominio del hecho cuando al mismo se le añade una decisión y dirección consciente y final. Pero igualmente en el delito imprudente la autoría requiere la misma realización objetiva del hecho típico –y no solo contribución a la misma–, por lo que solo es autor imprudente aquel cuya conducta determine objetivamente (y positivamente) la producción del resultado. Y ello implica que tal conducta, consciente o inconscientemente, de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el sí y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado*".[40]

Cuando se habla de determinar el hecho objetivamente, en las ya mencionadas formas de autoría, se hace referncia a

[40] Luzón Peña, ob. cit., ac. 2.b.

una configuración en forma concreta y efectiva del resultado, teniendo el poder de hacerlo, y no es forma potencial.

Luego, que a los hechos dolosos se le añada la voluntad consciente y direccionada hacia tal configuración, no implica que la determinación objetiva no tenga entidad propia, pues puede ocurrir que alguien quiera dominar el hecho y, sin embargo, no pueda configurarlo objetivamente; esto es, no tenga el control objetivo del suceso.

Aquí pueden citarse algunos ejemplos creados por el profesor de Alcalá: un sujeto, ante el ataque de un perro hacia otra persona, simplemente colabora con el animal, sacando las prendas de la víctima: Quien *determinaría* el hecho es el perro, el sujeto actuante solamente lo *favorece, sin determinarlo*. Lo mismo si el perro es controlado por un tercero, éste *determina* a través del can, y el restante *favorece* su hecho. En ambos casos, el sujeto que quita las ropas quiere controlar el suceso, pero no puede hacerlo, en uno de los casos, porque el perro es incontrolable; en el restante, porque lo domina un tercero, de manera que la intervención de propia mano no puede definir la autoría directa, pues pese a la intervención personal, el individuo no determina el curso del acontecer. Sólo lo facilita o promueve, de manera que la voluntad de dirección, por sí sola, no puede definir la autoría, como así tampoco la famosa fórmula de la actuación *en la persona del autor*.

Con esto intenta demostrar que cuando se trae a colación la autoría directa, esta no se explica tan bien como se suele creer, pues simplemente se parte de la noción de cometer el hecho de *propia mano*, en lugar de apelar a la determinación objetiva ya analizada.

Luzón Peña considera que puede emplearse un criterio, que él denomina *dominio potencial*, en alguna medida orientador en los tipos imprudentes y al que puede echarse mano ante casos dudosos sobre si hubo o no determinación del hecho en éstos, en el sentido que ese dominio potencial se refiere a que "*haya una real y efectiva determinación objetiva del acontecimiento típico, con potencialidad, pues, para dirigirlo y dominarlo voluntariamente si hubiera dolo…, es decir, para transformarse en autentico dominio" final del hecho*". Esto quiere decir que

presenta un juicio hipotético mediante el cual, y pese a la ausente voluntad de ejecución típica, se imagina si el autor pudo haber configurado el hecho, si éste hubiese actuado en forma dolosa, en cuyo caso lo ha determinado positivamente.

Citando al maestro español: "*Se trata, sobre todo, de una formula heurística y auxiliar para precisar en casos dudosos cuándo se puede afirmar que una conducta imprudente determina objetivamente el hecho: Cuando la acción de intervención en el hecho este configurada de tal manera que en caso de dolo habría habido dominio final de hecho*".[41]

Un punto llamativo de la posición del doctrinario en comentario es la admisión de la coautoría y de la autoría mediata en el delito imprudente.[42]

También admite la participación culposa en los delitos imprudentes[43] (aunque la considera impune en el Código Penal español, pues este sólo admite la participación dolosa), configurándose dicha participación cuando el accionar solamente *favorezca* la producción del resultado, siendo el autor quien determina objetivamente el hecho. Por ejemplo: cuando un amigo le suministra bebidas alcohólicas al que luego debe conducir un rodado: Su cooperación en el injusto es culposa e impune. Asimismo, resultaría inducción imprudente en el delito de homicidio culposo, animar o requerirle al chofer del vehículo que, por apuro, cruce en forma prohibida, matando a un peatón: El inductor no quiere el resultado, su inducción es culposa, no determinando el hecho, lo cual cae en cabeza del chofer.

La autoría mediata, por su parte, se configura cuando la conducta del autor determina la acción del sujeto restante, siendo que este último determina el resultado. Se trata de una suerte de cadena de determinaciones, pues el autor mediato determina la conducta del segundo actuante, y este último determina el hecho. Entonces, se destaca que el actuar del autor directo debe esperarse como una consecuencia del primer actuante con

[41] LUZÓN PEÑA, ob. cit., ac. 4.
[42] Ibídem.
[43] LUZÓN PEÑA, ob. cit., ap. 6.

seguridad o como consecuencia necesaria, o bien, que el ejecutor no obre en forma libre, responsable y consciente.

Ahora bien, resultará necesario que el ejecutor, a su turno, determine el curso del hecho, pues si sólo lo favorece, no estaremos ante una autoría mediata imprudente, sino ante una participación mediata.[44]

A su vez, la coautoría imprudente se dará cuando se determine el curso del hecho a través de la comunión de varias acciones, existiendo un "acuerdo común" en el actuar negligente; aunque se admite la concurrencia de culpas; esto es, la autoría accesoria imprudente, que se corresponderá con aquellos casos de sumatorias de conductas negligentes determinadoras del curso lesivo, pero sin que exista acuerdo previo en el accionar culposo.

Es importante para la crítica lo que nos dice el tratadista en mención: "H*ay que destacar que, junto a los casos en que se pueda hablar de determinación objetiva del "hecho" en sentido jurídico penal, equivaliendo hecho a producción del tipo de injusto, habrá otros casos en que* ***en una conducta humana o en un factor natural*** *concurra la* ***determinación objetiva****, pero* ***del hecho en sentido naturalistico****, es decir, simplemente de la producción del curso causante del resultado típico, aunque no suponga una infracción de la norma penal.* ***Cuando así sea, habrá que referirse a tal factor humano o natural como "autor" entre comillas o en sentido figurado, amplio o translaticio (por extensión) del hecho en la indicada acepción naturalistica****… hecha tal precisión o aclaración cuando se diga que realmente la autoría –en sentido amplio o figurado– de un hecho –en sentido natural– le corresponde a un determinado factor, lo importante es no pasar por alto… que en ocasiones, aunque puedan cooperar otras conductas,* ***lo que objetivamente determina el curso del acontecimiento causante del resultado es un factor, humano o no****… En tales supuestos, si intervienen influyendo causalmente también otras conductas humanas, habrá que precisar* ***si determinan objetivamente*** *el curso de los hechos a través de aquellos otros factores* ***o lo co-determinan***

[44] LUZÓN PEÑA, ob. cit., ac. 9.

junto con ellos**, caso en el que serán conductas (dolosas o imprudentes) de autoría mediata o autoría accesoria; o si, por el contrario, **sólo promueven o facilitan** el que tales factores humanos o naturales, pese a que actúen sin responsabilidad, determinen objetivamente el curso de los hechos, **en cuyo caso serán conductas de mera participación en la "autoria" de tales factores humanos o naturales".[45]

Resulta de este extracto la diferenciación que hace Luzón Peña: autor en sentido jurídico penal, y autor en sentido amplio o naturalístico, ingresando en esta última categoría no sólo las conductas, sino inclusive los fenómenos naturales.

Aquí toman parte los ejemplos ya antes aludidos; el ataque canino a la víctima, donde el sujeto que actúa de propia mano se limita a favorecer la determinación objetiva por parte de los animales. Pese a la intervención personal, el actuante sólo favorece el ataque de los canes; pero no determina el curso del acontecer.

El "autor", en sentido amplísimo y naturalístico, es el perro, y el hombre que quita las prendas es un partícipe favorecedor del hecho, impune por obvias razones. En otro ejemplo de Luzón Peña, ante un incendio provocado por fenómenos naturales, un sujeto abre la puerta de la casa para que ingrese mayor cantidad de oxígeno y así recrudecer aún más las llamas; el autor en sentido amplio es el fenómeno natural, y el individuo es un mero favorecedor.

Notorio es que esta concepción, si bien útil para el análisis, es enteramente causal y naturalística, asemejándose mucho a los planteos de los tratadistas partidarios de la teoría causal de la acción.

No obstante, la concepción de Luzón Peña es muy interesante, fundamentalmente en cuanto a la construcción teórica que realiza para diferenciar autoría y participación a partir de la determinación del hecho en forma autónoma por parte de la conducta, diferenciándose de la mera participación, que sólo favorece la acción autoral y depende de esta última.

Respecto a este tema la siguiente cita puede considerarse la conclusión central de su investigación: "P*uede encontrarse*

[45] LUZÓN PEÑA, ob. cit., ac. 8.

un fundamento material suficientemente explicativo de que la determinación objetiva del hecho pueda constituir el criterio delimitador de la autoría en los delitos puros de causación o de resultado, a saber: ***la autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producci6n del resultado.*** *O, si se quiere, teniendo en cuenta que a veces se precisa de una previa o simultanea cooperación necesaria, el dato de* ***la existencia de una relativa autonomía o de una autonomía en lo decisivo.*** *La conducta que, sola o a través de otra, determina objetivamente el curso del acontecer típico, o que, unida a otra, ya lo co-determina objetivamente,* ***no depende*** *de otros factores para provocar o configurar el curso causante del resultado; o, si ha habido una cooperación necesaria, ha dependido parcialmente, pero, si la consigue, la acción determinante ya no depende de nada para producir el resultado. Frente a esto, las acciones que meramente favorecen o facilitan el curso del hecho,* ***son totalmente dependientes de otras acciones o sucesos para que se pueda producir el resultado"***.[46] Dice Luzón Peña que aun acudiendo a la teoría de la *condictio sine qua non* y a su análisis naturalístico, la eficacia causal de las condiciones del resultado ostentan diversos grados, ya desde lo cuantitativo y lo cualitativo, por lo que el Derecho Penal puede receptar ello y valorar a las acciones de autoría como aquellas que determinan autónomamente el curso del acontecer, y que, por ello, resultan más peligrosas que las meramente favorecedoras y dependientes (participación). Esta hermenéutica obligaría a rechazar el concepto unitario de autor en los delitos imprudentes de causación, además de concebir posible la coautoría y la autoría mediata.

También es valorable la deconstrucción que efectúa dentro del injusto imprudente, discriminando autoría y participación bajo los mismos criterios ya esbozados. Ahora bien, e independientemente del progreso trascendente que se logra con los postulados axiomáticos desarrollados por el profesor de Alcalá, cabe preguntarse hasta qué punto su teoría no finaliza siendo circular, o bien, un laberinto conceptual del cual parece difícil salir. Si esto es así, la coherencia de la solución de Luzón Peña

[46] Luzón Peña, ob. cit., ac. 7.

se basaría más en respuestas intuitivas que razonadas, con lo que se perdería en cierta medida la caracterización de ciencia.

En efecto, nótese el caso del sujeto (partícipe) que entrega el arma de fuego al autor para que éste realice el disparo, también determina el suceso, pues si se suprime la conducta de la entrega, el autor jamás podría haber realizado el tipo. Esta conducta del partícipe, si bien se la cataloga como meramente favorecedora, debe admitirse que en cierto punto también determina el resultado, constatándose una identificación con la determinación objetiva del suceso, que se imputa siempre al autor.

De hecho, el jurista nos habla de que la determinación puede basarse en ***la existencia de una relativa autonomía o de una autonomía en lo decisivo***, lo cual lleva a pensar que el mismo Luzón Peña indentificó la circularidad de su argumento, pues si la determinación autoral es relativa, ello quiere decir que la aportación del partícipe también es relativa, con lo cual se aprecia una ligera equivalencia, al menos desde la mera causalidad de los respectivos aportes. Dadas entonces asi las cosas, la determinación objetiva se convierte, si se quiere, en un juego de palabras.

Si los autores del robo salen de una vivienda con el botín y los recoge un sujeto, el cual los oculta, así como a los bienes robados, el aporte ha significado una ventaja considerable para los autores que ningún planteo hipotético realizado en los tribunales o en las academias de derecho podrá eliminar, pues el delito es un suceso pasado e irrepetible en el espacio y tiempo de su comisión; es decir, no podrá borrarse ninguno de los aportes realizados, siendo todos ellos –de resultar esenciales– condición del resultado. Por ende, en rigor de verdad, la conducta del autor con respecto a la del partícipe nunca es enteramente autónoma, pues éste realiza un aporte que tuvo un significado y utilidad para la comisión del hecho.

De tal modo, si no se quiere caer en una reminiscencia de la inveterada *condictio sine qua non*, debe encontrarse un criterio diferenciador por fuera de la causalidad, pues de lo contrario, caeremos en el antiguo problema de la diferenciación entre causas y condiciones, distinguiendo causas inmediatas, mediatas y remotas, identificándose subrepticiamente la conducta del autor

en las primeras, las del partícipe en las segundas, mientras que las últimas se corresponderían con el caso fortuito.

En suma, queda demostrado que la autonomía e independencia de la conducta del autor vendría a ser un criterio erróneo, vistas desde un plano de aislamiento o de abstracción.

Finalmente, el protagónico concepto de ***determinación objetiva***, en sí mismo no implica mucho más que una solución intuitiva, si bien en sí mismo ostenta el valor de demostrar una diferencia cualitativa entre los diferentes aportes, pues no es equivalente entregar el arma que dispararla contra la víctima, no puede salirse del planteo circular que implica considerar como conducta de autor a aquella que determina el hecho, siendo que la determinación implica su configuración típica, lo que implica, desde lo conceptual, un sinónimo de la determinación.

Volviendo al caso del arma de fuego: El partícipe favorece el hecho, sin lesionar directamente el bien jurídico, pues la entrega del arma no implica la muerte o la lesión de la víctima, lo cual ocurrirá recién con el disparo, pero permite que el autor lo haga. Si *favorecimiento* significa **afectación indirecta** del bien jurídico, y *determinación* implica **lesión directa** del mismo bien, entonces, con dicha precisión o aclaración, la tesis de Luzón Peña parece acertada.

En todo caso, cabría realizar algunas correcciones o precisiones a la tesis, ya que puede existir una diferencia de inmediación con respecto a la lesión del bien jurídico o su puesta en peligro, cuando la conducta determinadora del autor implique, directamente, la afectación de aquél bien jurídico, mientras que favorecerá quien no afecte directamente, sino en modo mediato, en el sentido de que falta algo más para lograr esa lesión o peligro (siendo ese *algo más* la conducta del autor).

Luzón Peña nos ha arrojado algo de luz en medio de tanta penumbra conceptual e investigativa en la materia y a pesar de la discusión y observaciones, no podemos más que hacer, a través de estos párrafos, un humilde reconocimiento al destacado maestro español. Su trabajo es de un enorme valor doctrinal, siendo material de consulta *sine qua non*, si es que se desea realizar una investigación seria en materia de autoría imprudente.

5. ENRIQUE BACIGALUPO: SU PENSAMIENTO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Las profundizaciones de Bacigalupo en temas jurídicos, penales y filosóficos, han sido pacíficamente recepcionadas por la doctrina, pero en el tema que nos ocupa su abordaje dogmático implicó mucho esfuerzo para poder escrutar una problemática profusa que tuvo diversos enfoques acorde a las distintas escuelas penales (causalismo, finalismo, funcionalismo, etc.)

Estudió intesamente **la teoría del dominio del hecho**.[47] Producto de sus investigaciones, en términos simples, define al autor como ***aquel que ejerce el dominio del hecho dirigiéndolo a la realización del delito***.

Actualmente se entiende que el dominio del hecho asume formas diversas, cubriendo un amplio espectro: El dominio de la propia acción (autoría directa e individual); dominio del hecho a través del dominio de la acción ejecutiva de otro (autoría mediata); dominio conjunto con otro del hecho (dominio funcional del hecho; coautoría) y dominio de la acción de otros mediante un aparato organizado de poder (dominio de la organización, tal como diría Roxin). Sobre esta última forma de dominio, cuando nos referimos a la idea del **"autor detrás del autor"**, ésta debe ser distinguida de la autoría mediata en sentido estricto; es decir, pues el instrumento en la autoría mediata *no es responsable*.

En la figura del *autor detrás del autor* (**dominio de la organización**), aquel al que consideramos "instrumento", en realidad condiciona esta calidad pues es responsable por sí mismo.

Autores como Welzel, en su tiempo, entendió que ella era una figura imposible (tal entelequia se encuentra en la traducción de Bustos y Yañez).

Roxin, sin embargo, afirma al hablar del dominio de la organización en los aparatos organizados de poder, la respon-

[47] Puede verse el texto de su conferencia en Taiwan (1994), que se encuentra reproducida en la excelente monografía "Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación", publicada por Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1996 en la conocida serie de sus "Opúsculos de Derecho Penal y criminología" que lleva el Nº 63.

sabilidad del autor mediato, del *criminal de escritorio*, que no excluye la responsabilidad del ejecutor directo.

Al recatar el concepto, usó puntualmente dos supuestos: 1. Cuando se trata de los delitos de infracción de deber (lo desarrolla en el tema de la autoría y el dominio del hecho). Aquí se analizan los casos de autores vinculados al bien protegido por un deber, que se valen de otro. El obrar es doloso, pero quien actúa de propia mano carece de la cualificación jurídica típica de autor al mutar las reglas de la accesoriedad; 2. El otro supuesto roxiniano es para aquellos casos donde una persona que obra dentro y en el marco de un aparato de poder (caso: "Videla",[48] "Eichmann).[49] En ocasiones se los denomina "autores de escritorio", "el hombre de atrás", entre otras calificaciones.[50]

Al asimilar la **teoría del autor mediato** –siempre intentando transitar el camino trazado por Bacigalupo– debemos recordar nuevamente que esta se elaboró en Alemania constituyendo un paso superador de la teoría formal objetiva, que recalcaba la "accesoriedad extrema". Según esta, el autor ejecuta el hecho y el partícipe sólo es responsable si el autor lo es y en tanto lo acompañe en su obra.[51] Para superar estos inconvenientes apareció con fuerza, luego de 1940, el "concepto extensivo de autor", donde *el aporte* ahora sería "considerado". De esta manera, pedagógicamente, puede entenderse que todo el que ***aporta algo*** es *autor* (con la salvedad que sea claramente cómplice o instigador).[52]

Con el tiempo, el concepto extensivo de autor pierde su fuerza inicial a causa de la accesoriedad limitada y la teoría

[48] En ocasión de participar en un Congreso Internacional en Huelva, España, 1998, Claus Roxin le manifestó a Carlos Parma que el fiscal Julio Strassera había tratado personalmente en forma profunda y exhaustiva con él el caso.

[49] Esta idea se hace extensiva al caso de los que se valen de otro que obra en error de prohibición evitable, situación que –de suyo– no lo exime de responsabilidad.

[50] Se recomienda ver: "Der Täter hinter dem Täter", cuya traducción sería: "El autor detrás del autor". Obra de FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, ex profesor en Regensburg.

[51] La doctrina en el concepto restrictivo de autor parte de un preconcepto dogmático, según el cual la ley impone una distinción conceptual entre autores y partícipes.

[52] Si bien esta teoría lo tiene a Schmidt (1930) como referente su relación con el nazismo es incorrecta encontrando su fuente en las ideas de Weimar.

material objetiva, por lo que una vez que la doctrina comenzó a transitar la figura del autor mediato en la ley, esta idea, en su momento más que hegemónica, pasó a considerarse una forma especial del dominio del hecho, junto al dominio de la propia acción.

A pesar de la incompatibilidad, la doctrina aceptó la convivencia de la teoría *formal*-objetiva con la teoría *material*-objetiva del *dominio del hecho*. Sólo excepcionalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España promovió la teoría subjetiva,[53] en ocasiones haciendo referencia al "interés en el hecho".[54]

Volviendo al incio de esta exposición, para Bacigalupo **la teoría del dominio del hecho**, podría resumirse considerando algunos grupos o categorías de delitos. Uno de ellos son los ya mencionados *delitos de infracción del deber.*

Estos últimos se diferencian de los *delitos de dominio,* en los que a su vez se distinguen los de propia mano, que son aquellos casos donde un sujeto actúa en forma individual, los cuales no ofrecen mayores inconvenientes, pues solamente este sujeto que ejecuta la acción puede dominar el hecho, en razón que no existen otros intervinientes. La única limitación que vislumbra aquí Bacigalupo es que concurran en el autor del hecho la cualificación personal exigida y los especiales propósitos que puedan estar presentes en el tipo penal; es decir, que se abastezcan la calidad competencial del *delicta propia* y las ultrafinalidades distintas al dolo que puedan estar presentes en el tipo.[55] Son los casos denominados de *dominio de la propia acción.*

Luego, dentro de esta categoría de delitos de dominio, incluye dos supuestos:

–Coautoría: se caracteriza por el reparto funcional de tareas, donde varios intervinientes co-dominan el hecho.[56]

La coautoría funcional comparte, junto con la autoría individual, sus notas características generales, pues se exige aquí también dominio del hecho, en este caso compartido, además de

[53] Confr. SSTS de 25-5-1969; 5-3-1970; 9-11-1983; 27-3-1983; especialmente la STS 20-10-1993. Claramente contraria a la teoría subjetiva es la STS de 23-11-1993.

[54] Confr. SSTS de 29-10-1981; 27-9-1982; 5-3-1985; 8-7-1985; 22-7-1987.

[55] BACIGALUPO, *Derecho Penal*, ya cit., p. 500.

[56] BACIGALUPO, ibídem, p. 501.

resultar necesario que estén presentes en la persona del coautor las calidades que lo tornan coautor idóneo (delitos especiales) y los elementos subjetivos particulares del tipo específico (ultrafinalidades).

Bacigalupo considera posible la co-ejecución del hecho únicamente en los delitos dolosos de comisión,[57] descartando esta alternativa ejecutiva en las omisiones impropias, donde cita un trabajo de Kaufmann.[58] Esta es sin duda una cuestión gravitante en su pensamiento.

Citando a Roxin, Bacigalupo sostiene que el *dominio funcional del hecho* se caracteriza por el *reparto de tareas* o *división del trabajo*, mediante el cual cada uno de los coautores domina el suceso ***en su parte correspondiente***, identificado con el aporte concreto que debe hacer en su ejecución. Este co-dominio del curso del acontecimiento criminoso reconoce aspectos objetivos y subjetivos.

Subjetivamente, ejemplifica el maestro con el caso donde uno de los coautores sostiene a la víctima, mientras que el restante la despoja. Se requiere una *decisión conjunta de realización del hecho*, siendo que mediante esta se vinculan funcionalmente los distintos aportes de los coautores; esto es, se los coordina dentro de un plan criminal común. Es claro que existe una colaboración grupal de los intervinientes, fundada en un reparto de roles, pues realizan sin atención a la complejidad, aportaciones al objetivo delictual común conforme al plan trazado. Claro que esta planificación común no descarta que puedan intervenir cómplices que realicen un aporte esencial; esto es, partícipes primarios, con lo cual se plantea el dilema de cual habrá de ser el parámetro para distinguir, en el concierto criminal, al coautor funcional, del cómplice principal.

El jurisconsulto adopta un criterio subjetivo, similar al señalado al tratar la teoría subjetiva, y refiere al respecto que "*para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en*

[57] BACIGALUPO, ob. cit., p. 501, ac. 1005 in fine.

[58] "Die Dogmatik der Unterlassungsdel", de ARMIN KAUFMANN (ibídem, nota 52).

sus manos la decisión sobre la consumación del delito";[59] esto quiere decir que el autor ostenta una voluntad independiente de toda otra, mientras que la del cooperador o cómplice depende de la del autor.

En el plano **objetivo**, el aporte esencial del coautor, sin el cual el delito no podría cometerse,[60] debe darse en la fase ejecutiva, esto es, en el comienzo de la tentativa y hasta la consumación, y en tal sentido, el jurista expone que sólo domina el hecho quien aporta esencialmente en este estadio, no así en la preparación delictiva, pues en este último caso, el aportante será un cooperador principal y no un coautor,[61] por muy esencial que haya sido el aporte.

–Autoría mediata: se presenta cuando quien domina el hecho, y está en posesión de las especiales características de la autoría, se sirve de otro para ejecutar el tipo objetivo.[62]

Su nota saliente es la *subordinación* de la voluntad del instrumento con relación a la del autor.[63]

Desarrolla los supuestos de autoría mediata, tomando los casos donde el instrumento obra sin dolo, fundándose allí el dominio del hombre de atrás en el mayor conocimiento de las circunstancias típicas.[64] Similar solución contempla con respecto al instrumento que obra conforme a derecho, como el juez que, resultando engañado por documentos falsos, pronuncia una sentencia injusta y perjudicial: Solamente el autor mediato domina el hecho, pues se vale del desconocimiento del juez con respecto a la falsedad de los documentos.[65]

---

[59] BACIGALUPO, ob. en cita, p. 502.

[60] Para ello el autor acude a la fórmula de la condictio sine qua non, afirmando que "*para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la conditio sine qua non. Si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no se debe requerir una necesidad absoluta, sino que es suficiente con que la aportación sea "difícilmente reemplazable" en las circunstancias concretas de la ejecución*" (ibídem, ac. 1013).

[61] Ibídem, pp. 502/3.

[62] Ibídem, p. 504.

[63] Ibídem, pp. 505/6; apartado 1018.

[64] Ob. cit., ac. 1022.

[65] Ob. cit., ac. 1029.

También se aglomeran aquí los casos del instrumento que obra bajo coacción, resultando discutible si el dominio del ejecutor con respecto a su propia acción cede ante la coacción del hombre de atrás, en cuyo caso hay autoría mediata o si en cambio, este sólo crea el dolo del ejecutor, en cuyo caso el hombre de atrás solo será un instigador o inductor.[66]

Con respecto al instrumento que carece de la capacidad para motivarse en la norma, Bacigalupo desdobla la solución: En caso de inimputabilidad, considerará una inducción aquel supuesto en el cual el instrumento domine el hecho, a pesar de su incapacidad de imputabilidad, en caso contrario, podría darse una autoría mediata; mientras que en los casos de error de prohibición invencible, se estará ante una autoría mediata, pues el hombre de atrás se vale de la incapacidad de comprensión del instrumento, el cual no pudo obrar de otra forma a como lo hizo, dominando así el hecho. Señala que es posible esta clase de autoría cuando el instrumento obra bajo error de prohibición evitable.[67]

También considera Bacigalupo autor mediato a aquél que se vale de un instrumento que no obra típicamente ya desde el plano objetivo, ejemplificando con el caso donde un sujeto (autor mediato) engaña al instrumento para que se autolesione, afirmando que el revólver está descargado, siendo que el instrumento se lesiona a sí mismo al dispararse el arma. Pese a la falta de tipicidad objetiva, si se lo considera desde la sola posición del instrumento (pues se "auto-lesiona"), el hecho fue dominado únicamente por el autor mediato, a quien se ha de imputar el resultado.[68]

Finalmente, cierra la lista de supuestos de autoría mediata aquellos donde la actuación se da en el marco de aparatos organizados de poder, en el cual se configura el caso que ya tratamos del *autor detrás del autor*, pues el dominio de la acción del ejecutor no resulta óbice del dominio del autor mediato. El dominio de quien emite la orden se fundamenta en la fungibi-

[66] Ibídem, ac. 1024 a 1026.
[67] Ob. cit., ac. 1027.
[68] Acápite 1028 de la obra ya citada.

lidad del ejecutor, cual es fácilmente reemplazable en el marco del aparato de poder.[69]

Por otra parte Bacigalupo afirma sobre los *delitos de infracción de deber, a* los cuales ya distinguiera de los reseñados delitos de dominio, que en éstos, "*el deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los partícipes. Se trata, por el contrario,* ***de un deber extrapenal****, que no alcanza a todo partícipe,* ***sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico*** *(funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión). En este sentido se afirma que delitos de infracción de deber "son todos aquellos cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien"…".*[70]

Lo notorio y peculiar de la posición de Bacigalupo, cuyo error ya hemos destacado,[71] es que considera que la autoría se define *determinantemente* por la *infracción del deber*, independientemente de si se tuvo o no el dominio del hecho, podría suceder que el agente no tenga el dominio del hecho, no obstante lo cual, si infringe el deber, entonces resultará ser el autor.[72]

En esta categoría de delitos incluye, además de los delitos especiales, a los omisivos, resultando lo determinante en estos últimos *la infracción al deber de actuar o de impedir el resultado que sea equivalente a su producción activa*,[73] no considerando posible la coautoría (pues refiere que no es factible una decisión común al hecho, aunque esto es discutible),[74] como así tampoco la autoría mediata.

Considera posible la coautoría en estos delitos especiales, cuando exista un *deber compartido* por dos o más personas,

---

[69] Ibídem, ac. 1030.

[70] Ibídem, p. 511.

[71] Acápite 2.II.a), al hablar de los problemas y límites de la teoría del dominio del hecho, cuando descartáramos el posicionamiento de Welzel.

[72] Ob. cit., ac. 1033.

[73] Ob. en cita, p. 564, ac. 1158.

[74] Piénsese en el caso de que ambos padres planifiquen la muerte de su hijo de pocos años de edad, lisa y llanamente, omitiendo proporcionarle alimentos, **ambos son autores**, pues es claro que ambos están en condiciones de alimentarlo, esto es, de cumplir con el deber extrapenal.

produciéndose una *vulneración común*, sin tener en cuenta ningún otro aspecto independiente a dicha circunstancia.

Vale la pena cerrar este acápite, citando expresamente las palabras pronunciadas por Bacigalupo en el marco de una conferencia brindada en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, el 28 de marzo de 2008, en el XV Congreso de Estudiantes de Derecho Penal, en razón de su claridad expositiva. Allí analizó la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España[75] y dijo: "*La teoría del dominio del hecho, en su formulación más moderna, considera que es autor de un delito activo doloso el que domina el hecho y entiende que tal dominio se manifiesta en cuatro formas diferentes: como dominio de la propia acción dolosamente ejecutada, como el que se ejerce dominando la voluntad de otro que obra coaccionado o sobre la base de un error, como el ejercido a través de un aparato organizado de poder y como el ejercido funcionalmente mediante una aportación importante al delito ejecutado conjuntamente con otros.*[76] *Los que participan sin dominar el hecho sólo son partícipes.*[77] Desde allí Bacigalupo sentenciaba: "es fundamental saber si el autor obró o no con dolo".[78]

Este criterio sufre modificaciones en los delitos de infracción de deber, en los imprudentes y en los de omisión. En la jurisprudencia la noción de dominio del hecho ha tenido un desarrollo más limitado, pues no ha llegado a ser utilizada para los casos del dominio del hecho en aparatos organizados de poder, en los que la teoría permite superar los problemas que generaría recurrir a la inducción para responsabilizar al que dentro de tales aparatos da la orden de actuar a otros. En estos supuestos, especialmente en los casos de delitos estatalmente

[75] "La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Conferencia pronunciada por Enrique Bacigalupo en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, el 28 de marzo de 2008, en el XV Congreso de Estudiantes de Derecho Penal.

[76] Confr. ROXIN, C., "Täterschaft und Tatherrschaft", 6ª edición, pp. 127 y ss., 142 y ss., 242 y ss., 275 y ss.

[77] La teoría del dominio del hecho sólo explica la autoría en los delitos dolosos activos. Los delitos de omisión, los imprudentes y los delitos activos de infracción de deber tienen reglas diferentes (Confr. BACIGALUPO, loc. cit.).

[78] BACIGALUPO, E., *Lineamientos*…, ob. cit., pp. 119/120.

organizados (nacionalsocialismo, las dictaduras militares de Argentina, Chile o Uruguay de los años 70 del siglo pasado), y, probablemente, en el de organizaciones terroristas, el que da la orden no genera, por regla, el dolo en el subordinado, pues éste ya está decidido a actuar, y consecuentemente sólo debería ser punible por una tentativa de inducción, que, sólo es punible cuando se ejecuta por los medios establecidos en el artículo 18 Código Penal español y, en los casos en los que es punible (p. e. arts. 141, 151, 168 del referido Código punitivo, que serían relevantes en esta constelación de problemas), resultaría injustamente beneficiado con la amplia atenuación que prevé el Código para la provocación.[79] *Es claro que el supuesto del que actúa en un aparato organizado y lo pone en marcha constituye, de esta manera, un autor detrás del autor directo e inmediato, dado que tiene el dominio del hecho detrás de otro que, obrando en forma plenamente responsable, es el ejecutor del delito, dominando su realización.*

Las SSTS de 1.7.1963, 4.3.1965, 5.6.1965, 3.6.1968, 1.3.1972, 8.3.1973, configuraron una singular utilización de esta teoría del dominio del hecho, limitándola a un criterio para la distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, que era estimada como su problema práctico. En muchas oportunidades se estimó, de una manera ciertamente discutible, que la teoría del dominio del hecho podía ser un criterio más, equivalente a otros o reemplazable por otros que se estimaron útiles para la misma función (en diversas sentencias se mencionan en este sentido: las teoría de la conditio sine qua non, la de los bienes escasos, STS de 12-4-1986; la objetivo-formal, teoría objetivo-material y la del dominio del hecho, STS 59/1998, de 27 de enero, y la de la relevancia de la colaboración, STS 856/2007, de 25-10-2007). Un breve análisis de cada uno de estos criterios demostraría que ni son equivalentes ni conducen al mismo resultado. Un ejemplo: Para la teoría de los bienes escasos elaborada por Gimbernat,[80] *"la conducta del cómplice*

[79] La cuestión de la tentativa en las formas de participación es una cuestión no resuelta en nuestro derecho vigente. Por el contrario, tenía una solución más clara en el CP 1973, arts. 4 y 52.

[80] Autor y Cómplice en Derecho Penal, 1966, pp. 151 y ss.

no tiene que figurar necesariamente en relación condicional con el resultado típico",[81] *mientras que para la teoría de la "conditio sine qua non" toda participación, incluida la del cómplice del artículo 29 del Código Penal en referencia, debe ser causal. Sobre esta cuestión de la exigencia de causalidad de toda conducta de participación, la teoría objetivo-formal no trasciende a la respuesta a la misma.*

Por su parte, la teoría del dominio del hecho, debidamente entendida, debería haber tenido tres consecuencias: En primer lugar, apuntalaba, al menos en parte, la tesis del Tribunal Supremo, pues con ella la cooperación necesaria se convertía en un caso más de autoría, lo que, en principio es correcto, dado que todo el que hace una aportación, sin la cual el delito no hubiera podido cometerse, obra con dominio del hecho y, en el marco de esa teoría, sólo puede ser autor. Pero, *obligaba, en segundo lugar, a excluir a los inductores de la categoría de autores, que parecía derivar del texto del Código, pues los inductores, por definición no tienen el dominio del hecho; esta cuestión no ha sido todavía aclarada del todo.*[82]

---

[81] Ibídem, p. 169.

[82] Una prueba de ello es el ATS 363/2007, del 17/9/07, en el que se equipara la acción del inductor, que no tiene el dominio del hecho, con la participación necesaria, considerando además que la inducción es una forma de autoría mediata, lo que es claramente erróneo. En el caso de la inducción, en realidad, si se quiere hablar de autoría del que obra por detrás, habría que considerar el supuesto del "*autor detrás del autor*". En dicho auto se manifiesta una clara tendencia a entender los arts. 28 y ss. CP en el sentido del concepto unitario de autor. Se dice en este sentido: "*Que la doctrina científica haya distinguido entre autoría directa, mediata (por inducción) y por cooperación necesaria, no permite arribar a la conclusión de que se está en categorías jurídicas independientes. Antes bien, la equiparación es total porque todos ellos realizan aspectos* esenciales del hecho típico, lo que es típico de los supuestos de coautoría (…)". Sin embargo es evidente que el inductor no realiza parte alguna del hecho típico: crear en otro el dolo de matar, es decir inducir, no es matar ni es una parte de la acción de matar. Tampoco es una acción de matar proporcionar al autor el arma para hacerlo y por tal razón para la punibilidad de esa conducta se requiere en la ley la figura de la cooperación. Es claro que, desde una perspectiva puramente causal, se podría sostener, como lo hace MEZGER, que "la inducción es causación dolosa del resultado" (loc. cit. p. 432). Pero, se trata de una "causación" *psíquica*, que en modo alguno podría ser subsumida bajo el concepto de causación *material* de la muerte que implica "matar a otro"; es decir, causar materialmente la muerte a otro. Por esta razón en el caso de la inducción se requiere un tipo que amplíe el tipo de referencia para poder alcanzar la conducta del inductor. Precisamente la diferencia entre la acción de matar y las de inducir o

En tercer lugar se abría otro interrogante al que tampoco la doctrina prestó suficiente atención: La cuestión de cuándo el cooperador necesario es autor y cuándo es un partícipe, porque no todo el que hace una aportación necesaria siempre y en todos los casos tiene el dominio del hecho: El problema va más allá de la mera causalidad. En este sentido, se sostuvo que el criterio aplicable para establecer cuándo la cooperación necesaria determinaba la autoría es el del codominio del hecho, y que ello dependía de si el agente había tomado parte o no en el momento en la ejecución. Por el contrario, cuando la contribución necesaria había sido prestada en la fase de preparación, sin tomar parte en la ejecución, el cooperador debía ser considerado partícipe (cooperador necesario).[83] *Por lo tanto, parece claro que, una vez aceptada la teoría del dominio del hecho, la recuperación de la unidad sistemática obligaba a cambiar los criterios tradicionales.*

La teoría del dominio del hecho imponía modificar el trazado de la línea que separaba la autoría y la participación extraída de la interpretación gramatical del art. 14 CP 1973 y del actual art. 28 CP.[84] *Básicamente era preciso admitir que el cooperador necesario podía ser autor y no sólo considerado tal.*[85] *Por lo tanto, si los cooperadores necesarios ya no podían ser distinguidos en todos los casos de los autores, la distinción basada en un entendimiento formal de las palabras "tomar parte directa en la ejecución" o "realizar el hecho" perdía gran parte de su significado. De todos modos, la teoría del dominio del hecho no está exenta de críticas,*[86] *pero éstas, en verdad, no*

ayudar a matar explica, dicho con otras palabras, la necesidad de "un fundamento de extensión de la pena" (confr. M. E. MAYER, Der AT des Deutschen Strafrechts, 2ª edición 1923, p. 374 y ss., 387, 392) que alcance a estas acciones.

[83] BACIGALUPO, E., *La noción de autor en el Código Penal*, Buenos Aires 1965, p. 47; del mismo: *Principios de Derecho Penal Español*, II: *El Hecho Punible*, 1985, p. 166. J. CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de R. MAURACH.

[84] J. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, pp. 162 y ss. [168 y s.].

[85] Esta consecuencia fue vista acertadamente por J. CEREZO MIR, loc. cit. p. 168.

[86] V. Haas, ZStW 119 [2007]. p. 519/546 critica la teoría del dominio del hecho concluyendo no habría logrado ocupar el lugar de las teorías formal-objetiva, ni de

la invalidan como un punto de referencia. La evolución de la jurisprudencia y de la doctrina debería tener presente que los nuevos fenómenos criminológicos (terrorismo, criminalidad organizada, crímenes contra la humanidad, etc.) están generando nuevas cuestiones dogmáticas sobre la corresponsabilidad criminal que ya no consienten una respuesta desde la única perspectiva de la teoría del dominio del hecho, ni siquiera con la teoría de la responsabilidad en el ámbito de un aparato de poder estatal,[87] *que es sólo una forma en la que se manifiesta el dominio del hecho. Estamos en un ámbito en el que se percibe un cierto desplazamiento desde nuestro conocido modelo naturalista, basado en la cooperación causal, por otro modelo normativo, en el que lo decisivo es la responsabilidad, desligada de la causalidad, modelo en el que aparecen nuevas figuras como la "imputación jerárquica", la "infracción de deberes de supervisión", la "responsabilidad institucional colectiva", la "participación activa en una organización" o la llamada "contribución conspirativa"".*[88]

5.1. Acción u omisión en posición de garante. Delitos de omisión impropia

Ostensibles y reconocidos méritos tiene el Maestro en cuanto al estudio de la problemática de la omisión en la ciencia jurídico penal latinoamericana.

Investigó científicamente y con meticulosa seriedad temas como la posición de garante, los delitos impropios de omisión, el obrar culposo y se inmiscuyó en la perpetua discusión sobre acción y omisión incrustada en la "guerra de escuelas". En 1970 aparace su precursora obra: "Delitos impropios de omisión".

la teoría subjetiva, pues la primera vive aún en la autoría inmediata, y la segunda "en la figura jurídica del mandato, la orden y también de la coacción". A ello agrega que la idea inicial de que la autoría mediata se excluye cuando el autor inmediato obra con total responsabilidad [supuestos del autor detrás del autor] ha fracasado.

[87] Confr. C. Roxin, loc. cit. pp. 242 y ss.

[88] H. Jung, en A. Eser/ B. Huber/ K. Cornils, "Einzelverantwortung und Mitverantwortung", 1996, pp. 175 y ss., 180 y ss.

Esta monografía (como él llama) es de una calidad excelsa, donde Bacigalupo desmenuza en forma metódica la acción y omisión, la tipicidad de la omisión impropia, el dolo y la autoría, participación y tentativa. Inclusive aborda la temática de la complicidad en el delito de omisión impropio (pp. 151 y siguientes).[89]

El sistema causalista (*v. Liszt/Beling*), el finalista (*Welzel/Armin Kaufmann*) y el racional funcionalista (*Roxin/Schünemann*) compartieron la opinión que acción y omisión son especies de un mismo género dejando al descubierto que toda la historia de la dogmática jurídico penal ha intentado partir de la acción.

Lo que varía en estos tres sistemas es el método con el que se establece la relación entre la norma y el objeto, sin dejar de recordar el peso que para la acción final tenía el objeto de valoración. Las discrepancias doctrinarias tenían su explicación porque el sistema jurídico, especialmente el legal, está compuesto por prohibiciones y mandatos.

Bacigalupo al encargase de la cuestión nos dice que *"La caracterización de la **acción y la omisión** ha sido en todos los casos objeto de complejas elaboraciones, dado que la pertenencia de acción y omisión a un mismo género es altamente discutible, inclusive desde los tiempos de la teoría de la imputación. La teoría causal de la acción no pudo demostrarlo.*

En efecto: un elemento esencial de la acción, la causalidad, tuvo que ser reemplazado en los delitos de omisión por un concepto puramente ideal: sea un elemento análogo a la causalidad del hecho positivo, una hipotética causalidad de la acción no realizada, etc. Dicho de otra manera: las omisiones no deberían ser acciones en el sentido de la teoría causal, sino sólo suposiciones de la posibilidad de una acción. El problema se planteaba de otra manera para la teoría final de la acción. Pero las consecuencias eran semejantes. La teoría final parte de una diversa concepción de la causalidad, entendiéndola como una "categoría del ser" que no es una "mera conexión 'mental' (gedankliche) de varios sucesos". Por ello, cuando Welzel

[89] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Delitos impropios de omisión*, Editorial Pannedille, Buenos Aires, 1970.

dice que "vista ontológicamente la omisión, que es la omisión de una acción, no es una acción", reconoce la imposibilidad conceptual de una única teoría del delito. Consecuentemente los delitos de omisión no se basarían en la realización de una acción, sino en la capacidad del autor de actuar en determinadas circunstancias.

Por lo tanto, es preciso admitir sin dramatizar que Radbruch tenía razón en 1904: no existe un elemento básico común del sistema de la teoría del delito. El sistema de la acción y el sistema de la omisión deben tener diversos fundamentos. Esta es, en verdad, la conclusión con la que culminó la obra de Armin Kaufmann sobre la dogmática de los delitos de omisión. Armin Kaufmann fue claro: "la capacidad de acción (…) –como toda capacidad– es una propiedad del ser humano". La base real de estas teorías del delito, en suma, tendría que doble: por un lado capacidad del autor, manifestada en la realización de una acción, y por otro lado la capacidad del autor de haber realizado una acción omitida. Pero, en verdad, estas teorías no partían de la distinción fáctica entre acción y omisión, sino que se veían obligadas a ello a partir de la comprobación de que ***el sistema normativo contenía prohibiciones y mandatos****. Si el sistema normativo no estuviera compuesto por prohibiciones y mandatos (aquí aclara que es mérito de la teoría de los imperativos con cita de Binding), los conceptos de acción y omisión carecerían totalmente de sentido. La determinación del objeto de las prohibiciones y de los mandatos, consecuentemente, era un problema generado por el sistema normativo. La afirmación de Armin Kaufmann de que "los mandatos y las prohibiciones se diferencian por su objeto" es una prueba de lo antedicho. Lo problemático es que los mandatos y la prohibiciones son sólo formas idiomáticas para expresar una misma función: "mandar y prohibir –decía H. Kelsen– no son dos funciones diferentes de orden impuesto por una autoridad, sino que ambas tienen la misma naturaleza; la prohibición puede ser formulada como mandato y el mandato como prohibición (…) una acción mandada es una omisión prohibida y el mandato de omitir es una prohibición de acción". Bacigalupo continúa advirtiendo que existieron análisis inesperados con el tiempo que finalmente*

desarrollaron la teoría negativa de la acción". Veamos: *"La relativización del concepto de acción y de omisión permitió la formulación de un concepto "negativo" de acción, de acuerdo con el cual la acción no sería sino "la evitable omisión de evitar en posición de garante". Lo decisivo sería "el deber de garante y la evitabilidad", lo que significa que "también el autor activo debe ser contemplado como garante", porque es indiferente producir un daño o no impedirlo, lo importante es si el autor tenía el deber de evitarlo y si ello era posible. Con tales premisas sería posible pensar que el concepto básico de la teoría del delito debería ser la omisión. Sobre todo cuando se admite que "todas las acciones pueden ser reformuladas como omisiones (aunque a la inversa no todas las omisiones puedan serlo como acciones)" (con cita de Jakobs).La* ***teoría negativa de la acción*** *ha sido, en general, rechazada. Pero,* ***ha dejado huellas que se perciben especialmente en tres momentos: en la definición de la acción como comportamiento evitable, en la moderna teoría del tipo penal de los delitos de resultado y en los delitos de infracción de deber".***[90]

"Desde el punto de vista de la definición de la acción como comportamiento evitable es indiferente si el sujeto podía evitar causar activamente la muerte de otro (es decir, podía omitir lo que hizo) o si hubiera podido actuar para evitar la muerte (con cita a Jakobs). En ambos casos lo decisivo es la evitabilidad del suceso.

En el ámbito de los delitos de resultado la dogmática tradicional consideraba que el autor realizaba el tipo objetivo si causalmente producía el resultado dolosamente. Por lo tanto: el tipo objetivo resultaba limitado por el alcance del dolo, en el tipo subjetivo, pero éste, a su vez, sólo era de apreciar si podía ser constatado que el autor había tenido una posibilidad real de influir en el suceso (Einwirkungsmöglichkeit). De esta manera, la "voluntad" del resultado (dolo) se sometía a una restricción de naturaleza objetiva.

---

[90] BACIGALUPO, ENRIQUE, "Hacia el Nuevo Derecho Penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 267/297. Debe verse también: BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Esta confusión de planos tuvo una solución menos tortuosa desde la óptica de la teoría de la imputación objetiva, que requiere también en los delitos activos que el autor sea competente, lo que quiere decir que es preciso que le incumba no producir el resultado típico o que esté obligado a evitarlo, en otras palabras: es preciso que sea garante, pues sólo en este caso el causante del resultado será responsabilizado por el mismo (cita a Jakobs y Roxin). Aunque la ley sólo se refiera a la producción de un resultado, su realización no será fundamento suficiente de la responsabilidad del causante, dependerá de que el autor sea garante de que el resultado no se produzca. La limitación del tipo objetivo tendrá lugar, en consecuencia, en el mismo tipo objetivo. Ejemplo: en el caso del conductor del camión que circula sin luces, la responsabilidad del policía que retira la baliza de la carretera (con cita de Maurach), el problema consiste en saber quién es el garante en las circunstancias concretas.

En suma: la posición de garante es también un elemento de la tipicidad en los delitos activos, no sólo en los omisivos.

Por otra parte, la distinción entre acción y omisión es indiferente en ciertos tipos penales en los que la forma de la conducta no tiene importancia, porque pueden ser cometidos tanto activa como omisivamente, toda vez que el autor aparece como garante en la descripción típica. Es el caso de los delitos de infracción de deber. Ejemplo: el delito de administración desleal (art. 252 y 292 CPE y 173, 7º CPAr).

Asimismo, una vez que el legislador ha aceptado los delitos de comisión por omisión (o la doctrina admite esta figura), prácticamente todos los tipos de la parte especial pueden ser cometidos tanto en forma activa como omisiva, ***si el autor es garante.***

La conclusión parece clara. La base del sistema ha cambiado. El fundamento de la responsabilidad no es solamente una acción o una omisión, sino que, además, debe concurrir en uno y otro caso la posición de garante del autor. Esto ya ocurre en los delitos especiales propios, donde la problemática del autor es, en realidad, previa a la de la acción. Dicho de otra manera: la base del sistema es la acción u omisión en posición de ga-

rante. La posición de garante debería, por lo tanto, adquirir una posición básica.

A mi juicio esta teoría negativa de la acción comprometería aun más la cuestión de análisis pues la concepción de la posición de garante no sólo ocuparía un espacio en los delitos omisivos sino que toma cuerpo dogmático en los delitos activos. Este desplazamiento provoca que hoy se debata el tipo culposo de omisión".

Esta puerta abierta coarta la posibilidad, por su extensión y complejidad, de introducirnos en la temática del "garante". Sin perjuicio de esto, y como mera introducción, dejamos aquí un párrafo importante sobre su posición, la cual Bacigalupo ensaya en la sentencia Nº 257/09 del ST: *"Bacigalupo entiende que "la posición de garante deriva de la existencia de un deber formal emergente de la ley o de un contrato (art. 11.a)) o del deber emergente de una especial posición respecto del bien jurídico (art. 11 b)) y de la equivalencia de la omisión con una acción. La necesidad de no confundir las cuestiones del deber de actuar con las de la equivalencia de la omisión con la acción ha generado diversos puntos de vista interpretativos sobre la necesidad adicional de un principio material de imputación que permita afirmar la equivalencia de la omisión con una acción sin caer en una solución tautológica, a la que conduciría un entendimiento literal del texto. No sería adecuada a la voluntad del legislador una interpretación que estableciera que incumplir un deber jurídico de actuar es equivalente según el texto de la ley cuando haya sido infringida una obligación derivada de la ley. Es evidente que de esta manera el requisito de la equivalencia se superpondría con la infracción del deber jurídico. Los casos de injerencia (art. 11, b)), por lo demás, no son una excepción, dado que en ellos el deber de impedir la lesión también proviene de la ley".*

Para dar cierre, recordamos una de las enseñanzas del ilustre Profesor que decía que en el delito culposo de comisión, el autor debía infringir un deber de cuidado. Entonces el primer elemento de la tipicidad es la infracción a un deber de cuidado. La no definición legal hace que la cuestión se dirima en "cada situación, o sea que cada caso concreto que

se juzgue se requiere concretar cuál era el deber de cuidado que incumbía al autor".[91]

5.2. Semblanza: Bacigalupo

Pensar en Bacigalupo es transportarse a su infancia, es penetrar los laberintos de la misteriosa Buenos Aires. También es viajar en el recuerdo de su "Escuela y jardín de infantes del Jockey Club"[92] y a la apasionante práctica del esgrima.[93]

La juventud lo lleva a vivir a Barrio Norte donde lo atrapa el Jazz[94] y el tango.[95] La literatura otro de sus amores lo lleva a juntarse, en obrar premonitorio, todos los Sábados por la mañana con su amigo Esteban Righi para juntos leer y desentrañar el "Derecho Penal Alemán" de Welzel.

En el año 1958 se inicia como ayudante de Jimenez de Asúa en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires donde se gradúa como abogado el 20 de octubre de 1960. Ese mismo año obtiene la beca de la **Tulane University of Louisiana** (U.S.A.) para la realización de un Seminario de Derecho Comparado y en 1964 la del **Gobierno de Francia** para estudios sobre control económico penal, Universidad de París. Ya se advierte su versatilidad para los idiomas y su clara tendencia a la investigación científica.

A un mes de iniciada la dictadura militar en manos de Juan Carlos Onganía, el 29 de julio de 1966 y en la Facultad de Ciencias Exactas, que entonces quedaba en la Manzana de las Luces, la Guardia de Infantería policial que dirigía el general Mario Fonseca comenzó una práctica que sería habitual en la Argentina agrediendo a garrotazos y con gases lacrimógenos a estudiantes, docentes y profesores extranjeros invitados. Hubo

---

[91] Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Ed. Temis Bogotá, 1998, pp. 213/214.

[92] Creada en 1929, genial construcción del Estudio de arquitectura "Sánchez, Lagos y de la Torre", actual Escuela Municipal.

[93] Enrique Lúpiz varias veces campeón de esgrima fue su profesor de gimnasia.

[94] Asesorado por su amigo Esteban Righi.

[95] A los 5 años había conocido a Hugo del Carril de la mano de su tío quien compartía tertulias con Tito Ribero.

alrededor de 200 detenidos y numerosos heridos. Este hecho histórico llamado la "noche de los bastones largos" fue una bisagra en la vida de Bacigalupo. Así puso en marcha una lucha tenaz que no sólo logró el procesamiento de Fonseca sino que fue más allá: revolucionó la dogmática jurídico penal argentina, nace para nosotros la germinal y jugosa omisión impropia.

En el año 1968 su vida intelectual se ve marcada al obtener de la **Fundación Alexander v. Humboldt (R.F.A.)**, una beca que le permite acceder al Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, a cargo de los profesores Hans WELZEL y Armin KAUFMANN (repitiendo esta circunstancia en 1971 y 1975).

Ponerse al día con las nuevas perspectivas filosóficas y metodológicas fue su norte: "La noción de autor en el Código Penal"[96] (1965) y "Culpabilidad dolo y participación" (1966) son la antesala de lo que va a ser la piedra angular de todo su andamiaje doctrinario: "Delitos impropios de omisión" (1969).

La década de los años setenta conjuga alegrías y tristezas: El 3 de abril de 1970 se doctora y así gana el **Premio "Florencio Varela"** de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por la mejor tesis doctoral del curso de 1970. En agosto del mismo año obtiene el **Premio "Enrique Galli"** a la producción científica nacional otorgada por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Pero el 26 de noviembre llega de improviso la dolorosa noticia de la muerte de su Maestro. Ya no estarán más los coloquios en el cuarto piso de la calle Pueyrredón al 2471 –justo frente a la UBA–, donde 12 años compartieron libros y sueños.

Nace en él una fuerza singular, aparece una producción doctrinaria fructífera y notable que lo posiciona como un autor relevante en el Derecho Penal argentino, destacándose –entre otros textos– un clásico: "Lineamientos de la Teoría del Delito", del año 1974, justamente el año que cae en forma directa en las fauces de Alberto Ottalagano.[97]

[96] Con Prólogo de Jiménez de Asúa.

[97] En su época fue considerado uno de los más perversos represores de los Derechos Humanos. Rector Interventor de la UBA (1974) y autor del libro *Soy Fascista ¿Y Qué? Una vida al servicio de la Patria*, RO.CA. Producciones. Buenos Aires, 1983. Falleció en 1998.

Luego el dolor, el injusto exilio cuando contaba tan sólo con 35 años. Así queda obligado a vivir "dos vidas", pero esta es otra historia.

5.3. El pensamiento penal en los albores de Bacigalupo

En la primera mitad del siglo XX, el desarrollo de la ciencia del Derecho Penal en la UBA, "segunda casa" de Bacigalupo, fue abordada por él en un intenso trabajo "El positivismo jurídico de la generación del 40 y la recepción de la dogmática penal alemana en Argentina"; en este abandona parcialmente su rigurosidad científica para ahondar en situaciones testimoniales de un valor incalculable para cualquier investigador.

En el apunta que l*a Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, había sido la base más importante del positivismo criminológico pero con Juan P. Ramos (1878/1959) y Eusebio Gómez (1880/1954) ya alejados de la Facultad, por razones políticas, esta dejó de ser el bastión nacional de la Scuola Positiva. Los profesores que ocuparon las cátedras entre 1946 y 1955 (Ricardo Levene (h), Alfredo Molinario, Rodolfo G. y Hernando A. Pessagno y Humberto J. Bernardi), no desarrollaron una defensa importante de la Scuola Positiva. Por el contrario, Carlos Fontán Balestra, autor de una parte general, introdujo ya decididamente el sistema inspirado en la dogmática alemana en términos muy cercanos a los del Derecho Penal argentino de Sebastián Soler.*

En sus Remembranzas dice Núñez, y seguramente no se equivoca, que "en la Universidad el valioso trabajo de [Soler de] 1926 y su evidente preparación superior no le sirvieron para lograr la cátedra titular de Derecho Penal", ya que como suele ocurrir en nuestra Universidad, la resistencia no se manifiesta en el ámbito argumental".

Agrega Núñez: "Nunca pude conocer la monografía con la que el vencedor se impuso. Soy testigo de que, incluso muchos años después, la enseñanza de éste [se refiere al ganador de la cátedra] no era saludable". "No obstante, cuando, creo

recordar que en 1970, Soler integró el jurado de alguno de los concursos celebrados en la Universidad de Buenos Aires no fue menos injusto con los concursantes de lo que habían sido en Córdoba con él".

Ante los sucesos que agitaron a la sociedad en 1955, con la llamada "Revolución Libertadora", se produjo una gran depuración del claustro de profesores. Ya en noviembre de 1946 un grupo importante de profesores, entre ellos Juan P. Ramos, Eusebio Gómez, José Peco habían renunciado a sus cátedras en las Universidades de Buenos Aires y La Plata. En ese tiempo Jiménez de Asúa, Soler y Núñez permanecieron fuera de la Universidad. Como se puede apreciar, los representantes del positivismo jurídico y criminológico no fueron políticamente neutrales y asumieron diversas actitudes frente a los gobiernos de facto establecidos en cada golpe militar y también frente a los gobiernos de Perón.

Las cátedras de la parte general fueron ocupadas mayoritariamente por profesores adheridos al modelo dogmático alemán, como Sebastián Soler y sus adjuntos Eduardo Marquardt y Luis Carlos Cabral, y Enrique Ramos Mejía, con sus adjuntos Bernardo Beiderman y Omar Lima Quintana. Alfredo Molinario,[98] *Fontán Balestra, Pessagno, Bernardi y Levene fueron depurados por haber firmado una declaración de apoyo a la reelección de Perón para un segundo mandato. Al parecer muchos estaban de acuerdo en que no se dejara cesante a Fontán Balestra, pero finalmente fue excluido,*[99] *porque la cuestión no era científica sino política. Después de 1958 Fontán Balestra, que continuó su labor docente en la Universidad Católica Argentina, hizo estimables aportaciones a la renovación de la dogmática penal con las traducciones, realizadas en colaboración con Eduardo Friker, de una selección de artículos*[100] *y del Lehrbuch de Welzel,*[101]

[98] El programa de la cátedra de ALFREDO MOLINARIO de 1950, según relata E. AGUIRRE OBARRIO, en MOLINARIO/AGUIRRE OBARRIO, *Los Delitos*, t. I, 1996, p. 16, tenía 190 páginas. Integraban su cátedra: HORACIO. J. MALBRÁN, HIPÓLITO J. PAZ, e ISMAEL GELSI.

[99] Confr. E. AGUIRRE OBARRIO, loc. cit. p. 526.

[100] La teoría de la acción finalista, 1951.

[101] Derecho Penal, 1956.

de las monografías de P. Bockelmann sobre las relaciones entre la autoría y la participación[102] *y de "La estructura de la teoría del delito" de A. Graf zu Dohna.*[103] *Por lo tanto, dentro de la generación del positivismo jurídico las discrepancias no se manifestaban en el método dogmático, sino en si debía ser aplicado con neutralidad valorativa. Núñez*[104] *sostenía que los gobiernos de facto carecían de facultades para dictar leyes penales, pues éstas eran sólo de la competencia del Congreso y se opuso a la jurisprudencia de la Corte que reconoció tales facultades a los gobiernos de facto a partir de 1948.*[105] *Soler, por el contrario, tuvo por válidas y ajustadas al principio de legalidad las normas penales emanadas de gobiernos inconstitucionales de facto. Coherente con estas actitudes, cuando en 1973 el Congreso derogó la legislación penal del gobierno de facto anterior, Soler sostuvo que "los legisladores sumados al tumulto" habían llevado a cabo una "inconsulta derogación de la ley 17.567 [en realidad un decreto-ley del gobierno de facto]"*[106] *(no hubo respuesta respecto de a quién le había sido consultada la sanción de la llamada ley 17.567").*[107]

"Después de 1955 sólo representaron al positivismo Juan Silva Riestra,[108] *que repetía la parte general del libro de Ramos en su parte menos dogmática, José Peco, titular de la parte especial y autor del Proyecto de 1941, que se consideraba neopositivista; es decir, cercano a la línea italiana más jurídica de*

---

[102] Über das Verhältnis von Täterschaft und Teinahme, publicado en P. BOCKELMANN, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, pp. 31 y ss. (Carezco en Madrid de la versión castellana publicada por Abeledo-Perrot).

[103] Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1950. (También carezco en Madrid de la versión castellana publicada por la misma editorial que la anterior).

[104] Especialmente en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 1-1968, p. 29 y ss.

[105] En realidad un gobierno de facto carece no sólo de facultades legislativas en el orden penal, sino en todos los órdenes. Confr. en este sentido: Dictámenes de la procuración del Tesoro de la Nación, Nº 3-1973, p. 190 y ss.; también: E. BACIGALUPO, en El Derecho t. 49, pp. 989 y ss. Especialmente confuso sobre esta materia: A. M. MORELLO/F. LOÑ, en Jurisprudencia Argentina de 20.11.1974 (Diario 4636), pp. 1 y ss., en comentario al no menos confuso al fallo de la CN Electoral de 1.10.74.

[106] Confr. La Nación del 15.8.1973.

[107] Confr. *El Derecho*, t. 49, p. 989 y ss. (p. 992, nota 10).

[108] Autor de *La Acción Pública* y *El Derecho Penal*, 1920.

Filippo Grispigni y Eugenio Florian, y Francisco P. Laplaza,[109] *que explicaba la parte especial glosándola de forma más o menos exegética, sin referirla a ningún sistema. Las tesis de la Scuola Positiva no eran ya objeto de ninguna discusión. Con la excepción de Peco, Silva Riestra y Laplaza, que carecían de una obra jurídica o criminológica de significación no estaban en condiciones de implementar la resistencia del positivismo criminológico. Además, ya desde los primeros años de la década del 40 los juristas más jóvenes, como Jorge Frías Caballero, por entonces asistente de Jiménez de Asúa en La Plata, se sumaron inmediatamente a la nueva metodología".*[110]

"Es evidente que la ciencia argentina actual del Derecho Penal no sería lo que es, si Jiménez de Asúa, Soler y Núñez no hubieran dado el paso trascendental de formular un nuevo paradigma dogmático en los años treinta y cuarenta. Es cierto que hoy los criticamos, que los rectificamos y que sostenemos distintos puntos de vista metodológicos y dogmáticos. Pero, también es cierto que hacemos lo que ellos nos enseñaron y que seguimos el camino por ellos trazado. Como dijo Núñez, ***"discípulo de un maestro no se es (…) por ser su 'estación repetidora'. Se lo es cuando, sobre las bases fundamentales puestas por él (…) se intenta ir adelante por sus huellas poniendo nuevos puntos de vista y tratando de salvar las incongruencias o vacíos señalados por la crítica o la experiencia""*.[111]

Esta conferencia dictada el 4 de septiembre de 2009 en la UBA encuentra un importante antecedente en otros trabajos que intentan escrutar el derrotero de la ciencia penal argentina, especialmente podemos citar sus conferencias en los seminarios del Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset y la clase magistral dictada el día 15 de febrero de 2007, en ocasión de serle impuesta la medalla de Doctor Honoris Causa

[109] LAPLAZA era autor de un estudio preliminar a Dei delitti e delle pene de Cesare Beccaria de notable erudición. También escribió monografías sobre los Antecedentes de nuestro periodismo hasta la aparición de la Revista Criminal (1873) como *Introducción a la Historia del Derecho Penal Argentino*, 1950 y el *Objeto y Método de la Criminología*, 1954.

[110] Confr. J. FRÍAS CABALLERO, "Tipo y tipicidad en el Sistema del Derecho Penal Argentino", en *Revista de Derecho Penal*, Nº 3-1945, pp. 495 y ss.

[111] *Doctrina Penal*, 1980, p. 527.

por la Universidad del Aconcagua, Mendoza, la cual llevó por título: "El Derecho Penal que estoy viviendo".

5.4. La huella de Bacigalupo en la Dogmática jurídico penal

Cuando Bacigalupo, de 22 años, arriba al escenario de la dogmática en el Derecho Penal argentino, la estructura de esta se movía en las ideas de Soler y Núñez las cuales abrevaban en el Tratado de 1881 de Franz Ritter **Von Liszt** (1851-1919). La década de los sesenta llevaba un marcado retraso, todo era "intuición" y lo más novedoso eran las ideas neokantianas de Jiménez de Asúa que se propusieron al fin de la República de Weimar, incorporando la teoría del dominio del hecho, la distinción entre dolo y conciencia de la antijuridicidad, una distinta concepción del error, etc. Si uno examina a fondo la extensa obra escrita por Bacigalupo advierte que sus primeros textos entre 1960 y 1965, tanto en revistas como en libros son de dogmática jurídico penal. Para ser más preciso de la parte general del Derecho Penal.[112]

Las encrucijadas de la dogmática jurídica del siglo XX fueron rigurosas y batalladas. Forman parte del anecdotario académico los enconos personales que "los unos y los otros" se inferían a diario para determinar "dónde estaba el dolo" o "si era posible el error de tipo" en legislaciones latinoamericanas". Las guerras lograron un daño colateral hasta ahora irreversible: el Código Penal Tipo para Latinoamérica (idea de Novoa Monreal) que finalmente no prosperó.[113]

[112] En revistas jurídicas puede verse: "Evolución de la teoría normativa de la culpabilidad", Boletín del C.D.C.S., Buenos Aires, Nº 1-1960. En Libros: "La noción de autor en el Código Penal", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

[113] Primera Reunión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. (Santiago de Chile, 4 al 16 de octubre de 1963). Concurrieron en calidad de invitados los siguientes profesores extranjeros: Luis Bramont Arias (Perú); Manuel Castro Ramírez (Salvadoreño); Luis Fernández Doblado (Mexicano); Heleno Claudio Fragoso (Brasileño); Ricardo Franco Guzmán (Mexicano); Jorge Frías Caballero (Argentino); Basileu García (Brasileño); Nelson Hungría (Brasileño); Luis Jiménez de Asúa (Español); Francisco P. Laplaza (Argentino); Ricardo Medina Moyano (Colombiano); Agustín Méndez (Venezolano); Sebastián Soler (Argentino)

Si cupiera ensayar una síntesis de las distintas etapas dogmáticas, Bacigalupo la indica así: *"La historia dogmática permite documentar esta afirmación: v. Liszt escribió contra Binding (1886) partiendo de una idea de la sociedad concebida como asociación de seres humanos que persigue conjuntamente metas comunes, y en la que el derecho tiene la función de proteger intereses vitales,*[114] *entendiendo la pena con arreglo a una nueva teoría de la prevención especial, que diversificaba sus fines con arreglo a las distintas categorías de delincuentes. M. Grünhut / Radbruch*[115] *escribieron modificando la concepción de v. Liszt desde la perspectiva del neokantismo y la filosofía de los valores. Welzel criticó tanto el positivismo como el neokantismo (1935), dando otro fundamento metodológico a la dogmática penal (llamado generalmente ontologicismo) y volviendo a una teoría retribucionista de la pena; Gallas (1957) y Roxin (1970) cuestionaron las bases filosóficas de Welzel postulando un funcionalismo de los fines de la pena contra el ontologicismo; Jakobs a su vez se opuso a Roxin (1982) relacionando el funcionalismo con la prevención general positiva, desde una perspectiva que recientemente Fritz Loos*[116] *caracterizó como basada en la antropología de Hobbes y Spinoza y la teoría del Derecho, del Estado y de la sociedad de un Rousseau hegelianamente interpretado"*.

En estos tiempos que corren la cuestión es diferente pues se habla de **posmodernidad**, lo que –de suyo– indica una dogmática jurídica nueva, entonces sobre ella Bacigalupo dirá que carga "un paradigma que está muy influido por una determinada concepción de la pena,[117] por una concepción de la imputación

y Miguel Tamayo (Venezolano). En representación de Chile estuvieron presentes los profesores señores Alvaro Bunster Briceño, Luis Cousiño Mac Iver, Tomás Chadwick Valdés, Alfredo Etcheberry Orthusteguy, Manuel Guzmán Vial, Eduardo Novoa Monreal, Daniel Schweitzer, Miguel Schweitzer y Eduardo Varas Videla.

[114] Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23ª ed. 1921, pp. 1 y s.

[115] Festgabe für R. Frank, 1930.

[116] ZStW 114 [2002], 665.

[117] En los coloquios que tuve con el Maestro rescato cuando me afirmó "…el tema básico es la libertad y las raíces de la discusión están allí…". Esto hace repensar la cuestión de la pena y plantearse el problema de la "represión del Estado" en tanto el Estado sea un Estado de libertad no se observa compatibilidad con la

objetiva mucho más amplia que la mera relación entre la acción y el resultado, por una discusión bastante abierta en el ámbito de la culpabilidad, donde las soluciones no están del todo definidas".[118]

5.5. La Filosofía del Derecho y el estrecho vínculo con la Ciencia del Derecho. Europa y su proyección en Latinoamerica

La vasta erudición de Bacigalupo, su visión enciclopedista, su firme y culta formación familiar, sus estancias juveniles en Alemania en un Instituto de Alta especialización, el sólido conocimiento clásico de la "Escuela italiana" y el tutelaje de Jiménez de Asúa, lo hace inasible a una idea filosófica. Sería una tarea colosal reconstruir parámetros filosóficos a los cuales Bacigalupo se inclinaría.

Lo interesante de su lectura es cómo asocia con magistral precisión y belleza lo viejo con lo nuevo (Kant con Vattimo por dar un ejemplo). Luego llega la relación con el Derecho Penal. Esta dimensión socrática de las cosas se muestra cuando duda y también cuando renace de esas crisis.

Dice Bacigalupo en un pequeño resumen[119] que "*En **Alemania** existe una antigua tradición que vincula explícitamente la ciencia del Derecho con la filosofía. Kant*[120] *entendió la ciencia del Derecho como la "deducción de la teoría 'natural' del Derecho de los principios inmutables que se dan en toda la legislación positiva". Hegel*[121] *lo expresó con claridad: "La ciencia del Derecho es una parte de la filosofía". La conexión del sistema dogmático-práctico del Derecho con elementos*

restricción de la libertad. Al respecto puede verse *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, Ed. Hammurabi, 1999.

[118] Bacigalupo Enrique, en "Conversaciones Profesor Dr. Enrique Bacigalupo", en *Sistemas Penales Iberoamericanos*, Libro homenaje al Prof. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario", Editorial ARA, Lima, 2005, p. 58.

[119] Estos dichos pueden verse y ampliarse en: Bacigalupo, Enrique, *Hacia el Nuevo Derecho Penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 32/260.

[120] Metaphisik der Sitten 1797, 336.

[121] Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 1.

filosóficos, históricos y políticos fue la base del sistema de la ciencia del Derecho criminal de Abegg.[122] *Casi un siglo después tales puntos de vista seguían incólumes. El joven Welzel lo manifestaba claramente en el primero de sus trabajos, en 1930: "el Derecho Penal ha sido desde siempre la principal puerta de entrada para la filosofía".*[123] *Gallas lo ratificó también más tarde (1955) al explicar los cambios de la teoría del Derecho Penal afirmando que "en lo esencial la historia cambiante de la teoría del delito refleja las contraposiciones en la materia y en la metodología, vinculadas con la aparición de nuevas metas de política general y criminal, por un lado, y por otro con el progreso del pensamiento filosófico.*[124]

Todo lo contrario es el movimiento iniciado hace casi un siglo en ***Italia****, en el que vale la pena detenerse por la influencia que llegó a tener en la dogmática de habla castellana. En la ciencia penal italiana la conexión entre dogmática penal y filosofía, que había expuesto con especial brillantez Francesco Carrara (1805-1888) afirmando que "el orden de las materias del Derecho Penal desciende de la naturaleza de las cosas",*[125] *entró en crisis cuando las nuevas concepciones metodológicas atacaron directamente el vínculo entre dogmática penal y filosofía. Aunque se pueda poner en duda que haya existido propiamente una escuela penal técnico-jurídica, la concepción del método positivista jurídico representado por A. Rocco tuvo influencias en la dogmática italiana y, posiblemente también en la española,*[126] *que sería difícil desmentir.*

Arturo Rocco sostuvo en 1910 que "La separación de las ciencias jurídicas de la sociología, de la política y de la filosofía

---

[122] System der Criminal-Rechts-Wissenschaft, 1826, pp. XXIV y ss.

[123] Strafrecht und Philosophie, 1930, citado según HANS WELZEL, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, p. 1. Son particularmente interesantes las consideraciones WELZEL en el prólogo de la edición en castellano de su Derecho Penal, realizada por CARLOS FONTÁN BALESTRA y EDUARDO FRIKER, Buenos Aires, 1955: "es una creencia errónea y peligrosa, lamentablemente muy difundida y profundamente arraigada, la que supone que el tratamiento del Derecho Penal es un asunto de mera técnica jurídica".

[124] ZStW 67 (1955), p. 1.

[125] Programma del Corso di Diritto Criminale, P.G., I, 9ª edición 1902, p. 43.

[126] Confr. J. M. STAMPA BRAUN, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, 1953.

es la única condición del progreso de estas ramas importantísimas del Derecho".[127] *Son muchas los rastros que este punto de vista ha dejado en la dogmática penal italiana y que, probablemente no hayan sido todavía definitivamente superadas. Sin embargo, la desconexión de la dogmática de los conocimientos sociológicos y criminológicos, por una parte, y los filosóficos, por otra, no fue nunca totalmente clara en las premisas metodológicas aceptadas en las filas del tecnicismo jurídico. El propio Rocco introduce elementos confusos cuando admite que para evitar convertir el estudio dogmático en un estudio apriorístico, abstracto y formal, es necesario "que la deducción lógica se integre y complete, dentro de ciertos límites, con la inducción experimental".*[128] *Cómo se realiza esta integración no fue nunca aclarado. Prueba de ello es la discusión, sin duda poco fructífera, en torno a la abstracción del pensamiento jurídico. Vincenzo Manzini, al que también se suele considerar, al menos, cercano a la concepción de Rocco, afirmaba que "cuando se habla de método positivo en las ciencias jurídicas, no se puede entender correctamente otra cosa que método jurídico". Manzini, que admitía el carácter abstracto del método jurídico, lo distinguía, sin embargo, del Derecho natural y del método jurídico clásico (seguramente refiriéndose a Carrara), que, a su juicio, incurría en el exceso de "la abstracción de la abstracción".*[129] *La afirmación –que probablemente no sea sino una reformulación sin originalidad de la de E. Ferri sobre las astruserie dogmatiche–*[130] *no tiene ningún fundamento claro, dado que nadie estableció cuál era el límite correcto de la abstracción, ni tampoco en qué consistía exactamente la abstracción criticable. Es muy probable que la crítica de la supuesta abstracción de la dogmática se refiriera a la pretensión de entender la ley sin referencia a*

[127] Opere Giruridche, III 1933, p. 274 (con referencia a V. E. ORLANDO); críticamente al respecto: E. BACIGALUPO, en Libro de Homenaje a A. Beristain, 1989, pp. 459 y ss.

[128] Loc. cit. p. 317.

[129] *Trattato di diritto penale italiano*, I 1941, p. 4. Ver también en referencia a la abstracción del pensamiento jurídico: G. MAGGIORE, "La dottrina del metodo giuridico e la sua revision", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926, pp. 372/382.

[130] *Principii di Diritto Criminale*, 1928, p. 75.

la especie (criminológica) concreta de autores a los que dicha ley se aplica. Sin embargo, no hubo ninguna explicación clara de cómo articular las clasificaciones de los delincuentes con la interpretación igualitaria de la ley penal y con el respeto del principio de legalidad.

No obstante la evidente debilidad de sus fundamentos, la llamada "escuela" técnico-jurídica tuvo una profunda influencia en los albores de la dogmática penal latinoamericana, sobre todo por la influencia del Código italiano de 1930, que sólo lentamente se ha ido apartando de los presupuestos metodológicos de Rocco.[131]

Sería erróneo, no obstante, creer que en la dogmática italiana no se han recogido nuevas ideas filosóficas. En realidad, lo ocurrido es que esas nuevas concepciones no tuvieron influencia sobre el sistema de la teoría del delito o sólo la tuvieron puntualmente. Probablemente la obra clásica más representativa en este sentido sea la de Antolisei, en la que la nueva concepción de la conducta humana sólo tuvo repercusiones sobre la teoría de la causalidad, pero no afectó al sistema de la teoría del delito.[132]

En la ciencia penal italiana de post guerra no han faltado, de todos modos, intentos importantes de revisar la concepción metodológica de la llamada escuela técnico-jurídica. Se podrían mencionar aquí, sólo ejemplificativamente y sin la pretensión de ser exhaustivo, las obras de Dario Santamaría,[133] *de Antonio Pagliaro,*[134] *de Giorgio Marinucci,*[135] *de Franco Bricola,*[136] *de Sergio Moccia,*[137] *de Carlo Fiore,*[138] *que han retomado la discusión metodológica desde nuevas perspectivas.*

---

[131] Confr. E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, PG II 1981, pp. 258 y ss., que hace un estudio completo de la llamada escuela técnico-jurídica. El mismo, "Los Códigos Penales de Latinoamérica", en ILANUD, *Códigos penales de los Países de América Latina*, 2000, pp. 84 y ss.

[132] Confr. ANTOLISEI, Il rapporto di causalità nel diritto penale, 1934.

[133] Prospettive del concetto finalistico di azione, 1955.

[134] Il fatto di reato, 1960.

[135] Il reato come "azione", 1971.

[136] Teoría generale del reato, en Novissimo Digesto Italiano, dirigido por AZARA y EULA, vol. XIX, 1974, pp. 7 y ss. Sobre el pensamiento de BRICOLA, ver infra IV.

[137] Il diritto penale tra essere e valore, 1992.

[138] *Diritto Penale*, vol. I 1993, pp. 113 y ss.

Por su parte, la recepción de ***la dogmática alemana/italiana*** *en los países de habla hispana no estuvo precedida de una reflexión filosófica, sino política.*[139] *Se caracteriza como un corte con el pasado. Tal vez la reflexión filosófica no fue posible, pues implicaba la revisión de una cultura jurídica de siglos que superaba las posibilidades de los juristas urgidos por la recuperación de lo que consideraban un tiempo perdido. Este podría ser el caso de Jiménez de Asúa en 1916, cuando respondía a los que reclamaban, para la reforma del Código de 1870, que "las fuentes científicas y legislativas salgan de nosotros". Jiménez de Asúa pensaba que entre nosotros tales fuentes no existían y contestaba diciendo: "discútese aun si en* ***España*** *ha habido filosofía; lo que sí puede afirmarse es que nunca ha existido una escuela penal con verdaderos trazos definidos, con positiva influencia en la marcha del saber mundial".*[140]

Sin embargo, es posible que el vacío no fuera total, aunque evidentemente lo que había no respondía a una idea sistemática: Karl Röder había sido traducido por Francisco Giner en 1877 y Pedro Dorado Montero había hecho propuestas radicales sobre la nueva concepción del Derecho Penal. Había, probablemente antecedentes exegéticos en los comentarios de Pacheco y de Groizard. Pero desde El Discurso sobre las Penas de Lardizábal de 1782, no hubo una discusión sobre la teoría de la pena. Las reflexiones de Antón Óneca en 1944[141] *no fueron luego seguidas de la discusión que, sin duda, hubieran merecido.*

El fundamento de la recepción española del sistema dogmático de Liszt/Beling/Radbruch, que impuso Jiménez de Asúa en 1931, fue la contribución de ese sistema a la seguridad jurídica.[142] *Garantizada la seguridad jurídica, el problema se redujo, por lo tanto, a la falta de contradicciones internas del*

[139] Confr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Teoría Jurídica del Delito*, 1931.

[140] La Unificación del Derecho Penal en Suiza, 1916. JIMÉNEZ DE ASÚA traducía aquí una actitud generalizada en la intelectualidad joven de la época; ver: la carta XXIX de UNAMUNO a ORTEGA Y GASSET de 21.11.1912 en la que el primero se refiere a la cuestión a propósito de una conferencia de FEDERICO DE ONÍS, reseñada en El Adelanto, de Salamanca de 9.10.1912, en *Epistolario Completo Ortega-Unamuno*, edición de LAUREANO ROBLES, s/f, pp. 106 y ss.

[141] La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, 1944.

[142] *La Teoría Jurídica del Delito*, 1931, pp. 22 y ss.

sistema; su conexión con una idea del Derecho, de la sociedad, del Estado y de la persona, no estuvo en primera línea, hasta que apareció la Escuela de Kiel. A partir de ese momento el problema consistió en el rechazo del Derecho Penal autoritario. El programa científico de Jiménez de Asúa era claro: el Derecho Penal era (debía ser) la barrera infranqueable de la política criminal, como lo había sostenido v. Liszt treinta años antes.

El sistema propuesto por Jiménez de Asúa no fue cuestionado hasta los años 60, cuando comenzó la recepción de la teoría de la acción finalista en España.

En general se puede decir que la discusión en torno a la configuración de sistema de la teoría del delito se basó en la comprobación por unos y en el rechazo por otros de las consecuencias de la transformación generada por la filosofía de Welzel. No hubo una discusión sobre los fundamentos. Las críticas dirigidas a la teoría finalista de la acción se orientó básicamente a lo intrasistemático, es decir, a la crítica de la coherencia interna del sistema que a ella estaba unido,[143] *y a señalar la supuesta incompatibilidad de sus conclusiones con el texto legal. Por tal razón las respuestas a tales críticas, salvo excepciones puntuales,*[144] *trataron, sobre todo, de demostrar que las conclusiones a las que llegaba la teoría finalista de la acción eran compatibles con el texto de la ley vigente".*[145]

5.6. La jurisprudencia hecha doctrina. Nexo causal natural y normativo. Garante. Tentativa en los delitos impropios de omisión.

De la mano de Bacigalupo, la primera data histórica de conocimiento masivo en la doctrina penal del TS nos lleva al año 1992,

[143] Confr. sobre todo: J. A. Rodríguez Muñoz, "La doctrina de la acción finalista", discurso de apertura del curso 1953/54 en la U. de Valencia, reedición de la misma Universidad de 1977.

[144] Confr. J. Cerezo Mir, en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1961, citado según *Problemas Fundamentales de Derecho Penal*, 1982, pp. 39 y ss.

[145] Confr. J. Cerezo Mir, en ADPCP 1962, fasc. 1º, en *Problemas Fundamentales*..., citado, pp. 60 y ss. E. Bacigalupo, La noción de autor en el Código Penal, 1965.

se trata de un Recurso de Casación, el Nº 3654/1992, referido a un delito contra la salud pública que tiene como resultado la **sentencia Nº 1996** cuyo nombre trascendió como **el caso del aceite de "Colza".** Allí importantísimos temas de dogmática jurídica penal se pondrán en estudio (omisión, "*cursos causales no verificables*",imputación objetiva, etc.), siendo el eje del problema el presupuesto ontológico en el delito de resultado.

La causa llevó el Nº: A-6783 de fecha 23 de abril de 1992,[146] fue resuelto por el TS de España y tuvo como ponente a Enrique Bacigalupo.

(Al solo efecto de referenciar al lector, este caso se orientó en la doctrina desarrollada por el Tribunal Federal Alemán en el caso Contergan y consideró probada la correlación existente entre los antecedentes de la ingestión y las consecuencias de la muerte o las lesiones, entendiendo que: "En este contexto se debe considerar que existe una ley causal natural cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas. Tales condiciones son suficientes para garantizar una decisión racional del caso desde el punto de vista del Derecho Penal").

Partiendo de estas ideas, Bacigalupo instala los cimientos de una discusión que venía reeditandose por más de 20 años en un intenso tratamiento dogmático al decir que; "*La jurisprudencia de esta Sala ha hecho referencia también a la cuestión de la prueba de los llamados "cursos causales no verificables" (no susceptibles de demostración científico-natural) en la STS de 12 de mayo de 1986 (núm.693/86). En este pronunciamiento la Sala ha sostenido que la demostración propia del Derecho es distinta de la científico-natural en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva. Pero precisando este punto de vista sostuvo la Sala que "en todo caso se requiere una actividad probatoria*

[146] En el año 1981 la Audiencia probó la existencia de 330 muertos y más de 15.000 afectados por envenenamiento cuya causa era por consumo de una partida de aceite de colza desnaturalizado que se vendía en forma ambulante.

que conduzca racionalmente a dar por cierto unos hechos determinados (…) que no sean simples sospechas o datos de los que no se desprenda otra cosa que vicios o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha cometido un delito". Por tanto, habrá que admitir la prueba cuando se haya logrado "la obtención de la nota de probabilidad propia de las ciencias del espíritu, con deducción que se muestre (…) como la racional y las relaciones de causalidad de estructuras sencillas y cotidianas respecto de las que existe un importante material empírico conocido por la generalidad de las personas (por ejemplo, relación de causalidad entre el hematoma producido y la acción de golpear a otro con los puños),constituyen una materia que los Tribunales pueden apreciar sobre la base de los principios de la experiencia, según las reglas habituales en materia de prueba. Tal ha sido el caso en la STS de 12 de mayo de 1986, en la que la relación de causalidad se refiere al nexo existente entre la acción de prender fuego a pocos metros de un bosque y el incendio provocado en el mismo".

Distinta es la cuestión en la STS de 29 de febrero de 1983 y en la STC 105/83. En ellas se trata, en verdad, de un problema ajeno a la causalidad natural, pues se discute la relación existente entre las publicaciones de un periodista y las motivaciones que la conducta de éste pudo haber generado en sus lectores. Es evidente que este último supuesto no puede ser considerado dentro de la problemática de la relación de causalidad, pues ésta se refiere a las relaciones que explican los ***fenómenos del mundo físico****, propias de los objetos; pero, en modo alguno, a los efectos motivadores de las conductas de unas personas sobre otras que obran libremente. Sólo dándole a la causalidad una extensión extraordinariamente amplia es posible hablar en tales circunstancias de un nexo causal natural (Confr. STS de 30 de septiembre de 1991, Rec. 6154/88). Tal amplitud, sin embargo, no resulta plausible, pues importa una generalización de fenómenos y situaciones que no parece adecuado tratar con idénticos criterios. Por ello, en estos casos es preferible hacer referencia a relaciones de motivación (Confr. STS de 30 de septiembre de 1991, Rec. núm. 1645/89). Consecuentemente, dada la diferencia esencial entre las cuestiones tratadas en la*

STC 105/83 y en la STS de 29 de enero de 1983 y las que se plantean en el marco de la causalidad, resulta claro que los principios que éstas establecen respecto de la prueba no se deben extender a los supuestos de la causalidad en sentido estricto.

El problema de todos modos adquiere otra dimensión cuando el Tribunal debe resolver la prueba de ***nexos causales complicados****, respecto de los que, en principio, son insuficientes los conocimientos empíricos generales y se requieren conocimientos especiales que el Tribunal no puede adquirir por sí mismo. En casos de estas características se requerirá la ayuda de peritos en la materia. Pero no es difícil que en tales casos las opiniones de los científicos difieran considerablemente, sobre todo porque no existe un consenso científico total sobre el concepto de ley causal natural ni sobre las condiciones de su formulación. En las ciencias naturales se puede comprobar la existencia de opiniones muy diversas que llegan incluso a afirmar que no es en modo alguno claro, dentro de su propio ámbito, cómo se decide cuándo se está ante una ley natural y cuándo no. Por tanto, sin un concepto de "ley natural" y de "ley general de causalidad" no será posible resolver el problema planteado. Este concepto de ley natural de causalidad abstracta debe completar el tipo penal de los delitos de resultado, pues bajo dicho concepto abstracto de ley causal natural se deberá subsumir la ley causal concreta postulada por los científicos, y a través de ésta, la causalidad del caso concreto.*

De todo lo anterior, es posible deducir que en el marco de las ciencias naturales la cuestión de cuáles son los mínimos requeridos para que una sucesión temporal y reiterada de hechos similares pueda ser considerada como una ley causal natural es una cuestión normativa sobre la que no existe unanimidad. La determinación del concepto de ley natural que integra el tipo penal, en consecuencia, requiere una operación hermenéutica. La existencia de una ley causal natural en general, es decir, las condiciones que se deben dar para su formulación aceptable, depende de las exigencias bajo las que sea posible excluir una atribución arbitraria del resultado de la acción del autor.

A estos efectos se debe ***distinguir entre la cientificidad natural de los datos y la cuestión normativa de las condiciones***

bajo las cuales es posible admitir que la ley causal ha sido correctamente formulada. Si se admite que los tipos penales de los delitos de resultado constituyen una especie de "ley en blanco" que se debe completar con la opinión de los especialistas de un determinado ámbito científico, será preciso admitir también que al menos respecto de la cuestión normativa implícita en la ley natural de causalidad no es posible excluir la tarea interpretativa de los Tribunales como una auténtica cuestión de derecho, dado que este aspecto normativo admite muy diversas determinaciones en las ciencias naturales.

*En la Doctrina este punto de vista ha sido, sin embargo, cuestionado afirmando que la conexión de la ley causal con la norma jurídica surge que ésta se sustrae a una disponibilidad según la convicción subjetiva, dado que "su existencia tiene que ser objetivamente cierta, pues de lo contrario nada se podría subsumir bajo ella". Pero, en realidad, no se trata de una cuestión de pura convicción en conciencia, sino de una tarea hermenéutica en la que se debe establecer fundadamente qué exigencias debe cumplir una conexión para ser considerada causal. Por otra parte, este criterio presupone que el concepto de la ley causal natural, como tal, es único, cognoscible y cierto. Por el contrario, la realidad de las ciencias naturales demuestra que ello no es así. Más aún: en la medida en que el elemento genético del antecedente causal no se puede percibir sensorialmente, empíricamente sólo es posible establecer correlaciones de sucesos. Si esta concesión es o no causal depende de las condiciones que se establezcan como presupuesto de tal afirmación. Por tanto,"explicar un suceso como causal significa deducir de leyes y condiciones marginales (causas) una proposición" en la que esto se exprese, pero ello presupone establecer cuándo una correlación permite creer en una "ley" de causalidad. Esta situación posibilita, inclusive, que se formulen con indudable seriedad científica tesis según las cuales la causalidad es algo inaccesible al conocimiento humano" o que afirman que "la idea de causalidad estricta se debe abandonar y las leyes de la probabilidad deben pasar a tomar el lugar que alguna vez ocupó la causalidad". **Dicho de otra manera, en los nexos causales de cierta complejidad siempre existe la posibilidad de**

aumentar las exigencias de los presupuestos de formulación de una ley causal natural hasta límites que prácticamente hagan imposible superar el non liquet". *(II Funtamentos de derecho: apartado e) de la Sentencia).*

Resta acercar a esta reflexión un fallo de Bacigalupo que resalta la responsabilidad de las personas subordinadas.

Históricamente la criminalidad subordinada tiene sus primeras manifestaciones típicas en las asociaciones ilícitas del Código de Napoleón (1810). Se intentaba defender al Estado liberal, inaugurando de esta manera una doble vía con la tipificación de delitos de asociaciones ilícitas donde se penaría a las organizaciones criminales por un lado, y por el otro, se perseguiría a las asociaciones que, no siendo propiamente criminales, son contrarias al orden público.

La Sentencia del ST lleva el Nº 257/2009, de fecha 30/03/09, Recurso de Casación Nº **10183/2008 P**- que relata que la capacidad de mando existe incluso cuando algún miembro de la organización pueda haber actuado ocasionalmente por su cuenta y riesgo. La capacidad de acción y el dominio sobre la fuente de peligro, por lo tanto, no es cuestionable en los delitos de ejecución permanente en el tiempo, como la detención ilegal, puesto que el cese puede ser ordenado en cualquier momento mientras transcurre la privación de la libertad. En los delitos instantáneos, por el contrario, dependerá de si el omitente tuvo conocimiento del plan del delito y pudo intervenir antes de la ejecución.

Se advierte prontamente que aparece un personaje insoslayable en la omisión: el garante, respecto de una fuente de peligros personales. Dice Bacigalupo: "*Analizando en particular la posible existencia de un deber de garante que incumbiría a quienes tienen una determinada autoridad y la posibilidad de vigilancia sobre otras personas, de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos (…) se ha considerado que también las personas, cuyas conductas están bajo control de quien ejerce una vigilancia sobre ellas, pueden ser una fuente de peligro y el cuidado y control de la misma puede ser objeto de un deber de garante que imponga al sujeto evitar que tales peligros se concreten en el resultado del*

tipo de un delito. En tales casos, se ha sostenido incluso, que el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligro, análogo al que rige para los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas (…). El garante será responsable de no haber evitado el resultado de un delito no sólo por haber infringido un deber formal, sino cuando además haya tenido la capacidad de acción y el poder real de evitarlo. Este punto de vista ha sido formulado afirmando como principio de la imputación que la omisión de evitar un resultado, que ésta sólo es equivalente a la acción de producirlo cuando el omitente disponga de "un poder de dominio sobre la causa del resultado" (…). El deber de garante se conecta con un momento real, consistente en asumir el dominio sobre una 'fuente de riesgos personales' de aquellos que están bajo la supervisión" del omitente".

Finalmente: "No se trata del hombre que está atrás sino del superior, del que ocupa el cargo de mayor jerarquía, el que está en la cúspide de la pirámide. El no induce ni castiga. Dispone, decide, manda, con la seguridad de ser obedecido".[147]

Un tema que ya tenía importante aval doctrinario en Mir Puig es la **tentativa en los delitos impropios de omisión**, pero en materia jurisprudencial puede considerarse pionero el abordaje de esta sentencia.

Como disparador se señala al garante que no ha intentado impedir la comisión del delito o la continuación de su ejecución; es decir, no ha practicado todos o parte de los actos que objetivamente hubieran impedido el resultado, y, no obstante, el resultado, que no se intentó impedir, no ha tenido lugar por causas ajenas a su voluntad. La figura de la omisión del intento, como esencia de la tentativa en los delitos de omisión, en las

[147] Véase que toma distancia de la idea que reza: "El ejecutor, para el que tiene el dominio de la acción, es una figura anónima e intercambiable. Una rueda en el engranaje del aparato (ROXIN, CLAUS, "Taterschaft und Tatherrschaft", Hamburger Rechtsstudien, 1963, pp. 248/249).

legislaciones modernas guarda reglas especiales para la comisión por omisión y esto le proporciona actualmente un apoyo doctrinario importante.

Contemporáneamente, se ha reconocido que "en los delitos impropios de omisión la tentativa tiene una significación práctica relevante", y en la cuestión de la tentativa de los delitos de omisión "se trata, en verdad, de la omisión del intento de ejecutar la acción descrita en el mandato (de acción)". También se ha precisado que la tentativa de actuar será omitida, cuando exista capacidad de intentarla y no se la realiza. La decisión del autor de la omisión se dirige a no evitar el resultado próximo, aunque ello le haya sido posible, a diferencia de lo que ocurre con el autor activo, relacionado con la realización activa del hecho.

Es cierto que la omisión de intentar impedir el resultado no será de apreciar cuando el garante haya realizado un intento serio, aunque infructuoso, de cumplir con el deber que le incumbe.

5.7. Derecho Penal económico. El desafío frente a la empresa

En ocasión de ser distinguido como Doctor Honoris Causa en la Universidad de Chile[148] (2011), dijo: *"Los delitos del Derecho Penal económico se diferencian de los del Derecho*

[148] Su conferencia "Seguridad jurídica y delito penal económico" se brindó en el aula magna de la UCH. En prieta síntesis dijo: "El principio de culpabilidad ha sido visto como una construcción dogmática (límite de la intervención estatal o de la política criminal), en tanto el principio de legalidad es reconocido por todas las constituciones en forma expresa, siento éste un valor de la cultura moderna. Aquí destacó que en tiempos de "reforma" del Derecho Pena, debe tenerse en cuenta el concepto de Lizst que "una reforma es nacional pero también internacional". En este sentido advirtió la problemática de los llamados delitos de Peligro Abstracto; señaló que la causalidad es "imperceptible" en los Delitos contra el medio ambiente, por eso el legislador apela a este "tipo" abstracto. Pues bien, situación similar ocurre con las llamadas leyes penales en blanco que abundan en el universo de los delitos económicos. Analizó la jurisprudencia Alemana y Española más moderna en torno a su aplicación de la ley. Se inclinó a favor de aceptar las "disposiciones administrativas más favorables al imputado", respecto a esto resaltó que los cambios jurisprudenciales más desfavorables al acusado no deben ser aplicados, teniendo siempre en cuenta la cercanía con la ley penal más benigna. En: www.carlosparma.com.ar

Penal clásico –en un número importante de casos– sobre todo por la "invisibilidad" y la "incorporeidad" de los elementos que los definen en la ley. Con invisibilidad quiero referirme a la preponderancia de los elementos normativos –en detrimento de los descriptivos– en la estructuración de los tipos penales. Incluso es de señalar el caso de ciertos elementos, tradicionalmente no considerados normativos, como la causalidad, que en la estructura de muchos tipos penales del Derecho Penal económico resultan especialmente complejos. Por ejemplo: en los delitos contra el medio ambiente o en el ámbito de la protección de precios resultantes de la competencia, la causalidad se convierte en un elemento difícilmente perceptible y dependiente de una prueba pericial cuya interpretación y valoración en modo alguno resulta fácil. Ello suele impulsar al Legislador a convertir muchos de esos tipos penales en delitos de peligro abstracto (caso del art. 284 CP Español, abuso de mercado) es decir, a prescindir de la producción de un resultado lesivo, para facilitar su aplicación". Estos tipos abiertos, desmedidamente, comprometen al intérprete, por eso: *"Esta decisión traslada a la judicatura una responsabilidad particular: los tribunales deben definir, al tiempo de aplicar la ley, los elementos del tipo que el legislador no ha podido concretar o no ha creído conveniente concretar más. Ello da lugar a una notable transformación de los problemas de la lex certa en cuestiones de lex stricta, es decir, en una transferencia de la responsabilidad originaria del legislador hacia los tribunales, lo que acuerda, además, una especial significación a la prohibición de la analogía en la interpretación judicial"*.[149] Cierto es entonces la máxima de Welzel: "La columna vertebral de la ley del Estado de Derecho, reside en la descripción típica proporcionando las circunstancias del hecho (Angabe der Tatumstände) y de los elementos de la autoría".

Estas ideas son producto de una mutación que tiene origen en la beca internacional que en 1960 Bacigalupo obtuviera

[149] Lectio Doctoralis. Clase Magistral dictada por el Dr. Enrique Bacigalupo Zapater al recibir el Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 25 de octubre de 2011, Santiago de Chile, tema: "Seguridad Jurídica y Derecho Penal Económico".

siendo un joven abogado. Esta lo transporta al mundo del Derecho comparado que lo hará gestar importantes textos del sobre materia penal económica, tributaria, insolvencia, quiebras, fraudes, etc.

Si bien existían notables trabajos publicados en revistas especializadas relacionados con lo penal económico en la década de los años 60[150] fue en el libro "Insolvencia y delito" en 1970, donde consolida su producción y da un aporte científico insoslayable a la doctrina y jurisprudencia. Al comienzo de ese texto denuncia la crisis en la estructura de los tipos penales.[151]

A pesar de estar avocado a este estudio, en este tiempo que no deja pasar la oportunidad de cuestionar la legitimidad constitucional de la dictadura militar aunque trate temas estrictamente jurídicos,[152] en el caso aborda la reforma penal y su relación con la insolvencia fraudulenta.

Junto a Héctor Masnatta, en 1972, realiza un excelente trabajo sobre el "Negocio usurario", allí los autores manifiestan su preocupación por el alejamiento del problema de la construcción de un sistema dogmático, especialmente al adoptar el legislador un camino equivocado al darle a la usura un punto de vista cercano más a la moral que al orden económico-social.[153]

Toda la década de los años 70 publica incansablemente en Alemania y España. Será España a la que abrevará con un saber sublime, pues su erudición sobre la Jurisprudencia de tribunales Internacionales, muy especialmente el Europeo, hará que sus obras sean un elemento de consulta imprescindible. A ello le agrega un "plus", éste es su compromiso académico con el Instituto Universitario de la Fundación Ortega y Gasset-Gregorio Marañon, centro de enseñanza madrileño de altos estudios en

[150] "El delito de insolvencia fraudulenta", 1968 1, pp. 79 y ss.; "Cuestiones relativas al delito de cheques sin fondo", 1968 2, pp. 57 y ss., ambos trabajos fueron publicados en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Ed. La Ley, Buenos Aires.

[151] *Insolvencia y Delito*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1970.

[152] "El delito de insolvencia fraudulenta", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Ed. La Ley, 1968, … insta a desconocer "todo valor técnico y científico a la idea según la cual el poder constituyente reside en manos de quienes disponen de la fuerza de las armas, que no sólo carece de seriedad, sino que es contraria al orden cultural en que se gestaron nuestras instituciones políticas y sociales".

[153] Ver p. 70, MASNATTA, HÉCTOR y BACIGALUPO, ENRIQUE, *Negocio usurario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1972, pp. 7 y 166.

derecho, en especial el derecho internacional. El fin de siglo lo encuentra como un autor prolífico donde el Derecho Penal económico es parte vital de su desarrollo doctrinario (1999).[154]

Deteniendonos un poco en el relato y volviendo sobre nuestros pasos, Bacigalupo resalta que el Derecho Penal económico se comprende así también como *Derecho Penal de la empresa*,[155] pues hoy se advierte que el ejercicio de una actividad empresarial es la fuente principal del dominio social material sobre los bienes jurídicos involucrados en la actividad económica.[156] Por eso cuando miramos al autor típico de los delitos económicos decimos que es el *empresario*[157] y por esto muchos de ellos son tipos *especiales*.[158] Esta perspectiva destaca aspectos de la Parte General,[159] sobre todo de autoría y participación, pues éstos conceptos se han construido para un modelo de criminalidad individual,[160] y la económico-empresarial involucra a una pluralidad de sujetos que actúan en contextos colectivos conforme

---

[154] *Derecho Penal Económico* (Director). También publica ese año: a. *Delito y Punibilidad*, b. *Derecho Penal. Parte General*, c. *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, todos con Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

[155] Vid TIEDEMANN, *Lecciones* (n. 34), pp. 263 ss.; SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität (n. 39), pp. 1 ss., 5 ss., 15 ss.; RANSIEK, Unternehmensstrafrecht (n. 39), pp. 1 ss.; TERRADILLOS, *Derecho Penal de la Empresa* (n. 39), pp. 11 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, PG 2ª ed. (n. 84), pp. 127 ss.; BAJO/S. BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 16 s.

[156] Puede verse en: SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, pp. 5 ss.; EHRHARDT, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, pp. 142 s.; RANSIEK, Unternehmensstrafrecht, C.F. MÜLLER VERLAG, HEIDELBERG, 1996, pp. 8 ss.; TERRADILLOS, *Derecho Penal de la Empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 13 ss.; PÉREZ DEL VALLE, en *Curso de Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 2005, p. 21.

[157] Vid TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht 1, AT (n. 30), pp. 48 s.; DANNECKER, en Wabnitz/Janovsky (n. 37), p. 9 nm. 8; MÜLLER-GUGENBERGER, Wirtschaftsstrafrecht (n. 34), p. 5 nm. 11.; MARTÍNEZ-BUJÁN, PG 2ª ed., (n. 84), pp. 487 ss.

[158] Vid TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht 1, AT (n. 30), pp. 52 ss.; el mismo, Poder económico (n. 34), pp. 14 s.; el mismo, Lecciones (n. 34), pp. 253 s.; el mismo, Wirtschaftsstrafrecht *EuAT* (n. 35), p. 22 nm 45; TERRADILLOS, *Derecho Penal* (n. 39), pp. 42 s.; GRACIA MARTIN, *Prolegómenos* (n. 16), pp. 82 ss.

[159] Confrontar: SCHÜNEMANN, wistra, 1982, p. 42.

[160] TIEDEMANN, en FS-Baumann,1992, pp. 7 ss.; el mismo, *Lecciones* (n. 34), p. 157; SCHÜNEMANN, en AA.VV., "Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, R. v. Decker's Verlag, pp. 139 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, PG 2ª ed., (n. 84), pp. 491 ss.

a los principios de división del trabajo y de jerarquía,[161] es precisamente aquí donde Bacigalupo integra su conocimiento que llega no solo del conocer en profundidad la parte general sino saberse fuerte en la parte especial del Derecho Penal.

5.8. Bacigalupo; la vigencia y perennidad de su obra

Podemos entender su saber universal en virtud de haber vivido inmerso en un contexto atemporal, que unía lo pasado con lo futuro que sumado a su visión cosmopolita[162] lo ubicó como ciudadano del mundo.

Este marco al que referimos, fue en una época y lugar donde Argentina era un faro del conocimiento en Latinoamérica. Es lógico que la formación enciclopedística y filosófica de su generación haya tenido como antecedente intelectual inmediato a Borges, Cortázar, Leloir, Cossio entre otros.

Pedagógicamente veámoslo así: **Cosmopolita** es el hombre que se atreve y que pensando puede ver más allá. El nacimiento de esta concepción se remonta ya a los antiguos griegos para los cuales la patria era la ciudad natal, su tierra; por eso hablamos de Heráclito de Efeso, Tales de Mileto, Demócrito de Abdera o Zenón de Elea. Mas fueron los estoicos los que tuvieron la brillante idea que un hombre no tenía porqué ser ciudadano de su aldea (polis) sino "ciudadano del cosmos"; es decir, ciudadano del universo.

---

[161] Vid Schünemann, Unternehmenskriminalität (n. 39), pp. 30 ss.; Ehrhardt, Unternehmensdelinquenz (n. 39), pp. 144 ss.; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Nomos Verlagsgesselschaft, Baden-Baden, 1995, pp. 31 ss.; Eidam, Unternehmen und Strafe, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2001, pp. 229 ss.; Paredes Castañón, en Paredes/Rodríguez Montañés, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 138 ss.; Gracia Martín, en Mir/Luzón (coordinadores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 52 ss.

[162] En similar situación se encuentra Raúl Zaffaroni, por lo que no resulta una hipérbole afirmar que ambos son los penalistas más destacados de todos los tiempos en el Derecho Penal argentino. Si cupiere esgrimir alguna crítica a esta aseveración sólo basta dar mano a los antecedentes que ostentan.

Bacigalupo en su faena nos recuerda a Grocio quien escribió: "de jure et belli et pacis"; Welzel "Sobre lo permanente y lo transitorio en la Ciencia del Derecho Penal", tesis ésta que desarrolló con énfasis Armin Kaufmann en "Lo supranacional y suprapositivo en la Ciencia del Derecho Penal". De alguna manera es la idea de la "Paz perpetua" de Kant, también si se acepta "la gran península" (Europa) que habla Hegel. Puede así ir de un filósofo a otro con seriedad y logicidad en tiempos muy diversos. Puede también penetrar en las entrañas de la sociología filosófica. Veamos:[163] *"Habermas en su teoría de la acción comunicativa postula un concepto de racionalidad comunicativa. Un movimiento corporal, dice Haberlas, es elemento de una acción, pero no es una acción.*[164] *Llamo acciones, agrega, sólo a las exteriorizaciones simbólicas con las que el agente asume una relación con un mundo (el mundo objetivo de cosas; o el mundo de las relaciones normativamente reguladas).*[165] *Las acciones comunicativas, puntualiza luego, caracterizan un tipo de interacciones, que se coordinan por medio del lenguaje, pero que no coinciden con ellos.*[166] *También las acciones reguladas por normas son accesibles a una* ***explicación racional.***[167] *En ellas el actor se relaciona con el conjunto de relaciones interpersonales reguladas por normas.*[168]

En Faktizität und Geltung (1998) Habermas propone el reemplazo de la "razón práctica" por la "racionalidad comunicativa".[169] *Dice, "La razón comunicativa permite una orientación según pretensiones de validez, pero, ella misma no proporciona una orientación para resolver problemas prácticos –la razón comunicativa ni es informativa, ni es directamente práctica–". Habermas ya había explicado que lo que llama racionalidad consiste en la disposición del sujeto con capacidad lingüística y capaz de acción de adquirir y utilizar conocimientos*

[163] Ver: *Hacia el Nuevo Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
[164] Theorie des kommunikativen Handelns, 3ª ed. 1985, I, p. 146.
[165] Ibídem, pp. 144, 149.
[166] Ibídem, p. 151.
[167] Ibídem, p. 154.
[168] Ibídem, p. 149.
[169] Faktizität und Geltung, 1998, pp. 24, 20, 19.

falibles.[170] *También había explicado las diferencias, en tanto los conceptos básicos de la filosofía de la conciencia imponen entender el conocimiento como conocimiento de algo del mundo objetivo, la racionalidad se refiere a la orientación del sujeto aislado en sus representaciones y manifestaciones. La razón centrada en el sujeto encuentra su medida en los criterios de verdad y resultado, que regulan las relaciones del sujeto agente respecto del mundo de los posibles objetos o hechos. Pero, tan pronto como, por el contrario, concebimos el conocimiento como algo trasmitido comunicativamente, la racionalidad se referirá a la capacidad de orientación respecto de pretensiones de validez o afirmación, apoyadas en el reconocimiento intersubjetivo. La razón comunicativa encuentra sus criterios en el procedimiento argumental de la introducción directa o indirecta de pretensiones respecto de la verdad de proposiciones, corrección normativa, veracidad subjetiva y armonía estética".*[171]

Vinculando su pensamiento con el respetado Ortega y Gasset, Bacigalupo relata: "*En la filosofía española existen antecedentes, no desarrollados, que permitirían elaborar una teoría comunicativa de la sociedad. Decía Ortega y Gasset, en este sentido: "la interacción entre tú y yo, de individuo a individuo, que es la más típica reciprocidad y nostridad, es hablar*[172] *y completaba la idea explicando que se debe llamar trato social a aquel "en el que no sólo soy centro emisor de actos hacia otro ser, sino que este otro ser es también centro emisor de actos hacia mí y, por lo tanto, en mi acción tiene que estar anticipada la suya".*[173] *También comprendió Ortega que en todo actuar de un sujeto éste precisa alternar con otros*

[170] Der philosophische Diskurs der Moderne, 1988, p. 366.

[171] Ibídem. Sobre la evolución del pensamiento desde el sujeto del orden racional a la intersubjetividad comunicativa ver también, K-H. LADEUR, Postmoderne Rechtstheorie, 2ª ed. 1995, quien desde la perspectiva del Derecho constitucional considera que la razón argumentativa no permite captar los procesos colectivos y que como alternativa propone la autoreferencialidad y la autodescripción, aclarando que "una teoría jurídica post-moderna no es una teoría jurídica antimoderna", pp. 231 y ss.; sobre la autoreferencialidad del Derecho: G. TEUBNER, Recht als autopoietisches System, 1989. En este trabajo no es posible ahondar sobre las diferencias de cada uno de estos puntos de vista.

[172] *El hombre y la gente*, 1935, Ed. Rev. de Occidente, p. 116.

[173] Ibídem, p. 109.

y "este mutuo ´contar con` la reciprocidad, es el primer hecho que nos permite calificarlo de social, pues siempre debo albergar una expectativa de la conducta del otro". Aunque estos pasajes transmitan un estilo literario propio de su tiempo, carente hoy de actualidad, reflejan ideas cuyo desarrollo debería permitir llegar a las conclusiones de la sociología moderna".

Ciertamente, Bacigalupo tiene en su mano una moneda con dos caras. Una de ellas se referencia con el ya mencionado Ortega y Gasset, cuyo texto preferido es "El tema de nuestro tiempo" (1923) donde Ortega planteaba el problema del intelectual que piensa con categorías de otra cultura y expresadas en otro idioma del de la propia realidad de su medio cultural "¿Es posible ser kantiano o hegeliano en un ámbito que no ha sido ni el de Kant ni el de Hegel". La otra cara es la de Luis Jiménez de Asúa, aquel que en obrar socrático y en generosa actitud le enseñó "que en la ciencia no hay conclusiones definitivas".

Asimismo el autor, a su tiempo, ha cuestionado con creces la cientificidad de las teorías preventivas de la pena. Aquí brevemente certificaremos su versatilidad y su profundo conocimiento trayendo sus palabras: *"**resulta claro que mientras no sea posible demostrar que el Derecho Penal es un medio que permite alcanzar el fin que lo legitima, su racionalidad, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, desaparece.** No sólo la teoría de la prevención general positiva tiene en cuenta la necesidad de una nueva racionalidad.*[174] *La moderna teoría de la retribución, representada por Köhler, también señala la inseguridad de las demostraciones empíricas.*[175] *Los fines preventivos de la pena, por otra parte, siempre fueron considerados simbólicos, salvo en el tiempo de la ilusión positivista. Desde Grotius y Hobbes, la prevención general de Feuerbach etc., nunca pretendió una demostración empírica".*

Un último párrafo, siguiendo la obra indicada ut supra, demuestra su fuerza en el estudio de la filosofía y la pena al decir: *"Para Kant el fundamento de la ética es la libertad y los actos libres son buenos o malos sólo según la voluntad buena*

[174] KÖHLER, *Strafrecht*, AT 1997.
[175] Loc. cit. p. 50.

o mala del agente. Solo un ser razonable tiene la capacidad de actuar según la representación de una ley o de principios, o sea voluntad".[176] *Más tarde, en su teoría del Derecho, en la Metaphysik der Sitten, dice* ***Kant****, después de desarrollar su noción de la pena como retribución: "****La pena se aplica no porque el agente quiere la pena, sino porque quiere la acción punible****".*[177] *La exclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas parece obvia.*

También para la teoría de la prevención general, entendida como coacción psicológica, defendida por Feuerbach en Alemania y por Romagnosi[178] *en Italia, la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es problemática, pero resulta necesaria, porque también esta teoría conlleva, en la definición de la esencia de la pena, la definición del sujeto del Derecho Penal. Si toda ilicitud tiene su causa en el impulso psicológico del autor y este impulso puede ser neutralizado a través de la amenaza penal, que como mal impide satisfacer el deseo del sujeto,*[179] *es claro que este sujeto sólo podrá ser un individuo, pero jamás una persona moral (sociedad, universitas, collegium).*[180]

Sólo una persona que tiene voluntad puede ser, según concluye la teoría de la prevención general (hoy diríamos negativa) que a su vez coincide con las teorías absolutas,[181] destinatario de la norma y cumplir con el deber de obediencia que la misma le impone; *"jamás una persona jurídica o incapaz de actuar" podrá ser destinatario de la norma, decía Binding".*[182]

"Si la pena tiene por fundamento la culpabilidad o reprochabilidad, su medida legítima no puede ser sino equivalente a la

---

[176] I. KANT, Grundlegung zur Metaphiyk der Sitten, 2ª edición, 1786 (citado según la edición de Theodor Valentiner, Reclam, 1980) p. 56.

[177] Metaphysik der Sitten, Metaphisische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2ª edizione, 1798, p. 232. ["Strafe erleidet jemand nicht, weil sie, sondern weil er eine strafbare Handlung gewollt hat"].

[178] FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Edizione (a cura di K.J.A. MITTERMAIER), 1847.

[179] FEUERBACH, loc. cit. Nos 12 y 13.

[180] FEUERBACH, loc. cit. Nº 28.

[181] V. BINDING, in Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen, (I), 1915, p. 64.

[182] Handbuch des Strafrechts, 1885, p. 184.

gravedad de la culpabilidad. Más allá no hay fundamento para aplicar la pena".[183] Para el práctico del Derecho es en extremo útil este concepto de Bacigalupo, mas el lector inteligente sabrá la imposibilidad de representar en una simple frase o de relevar, una obra tan vasta y profunda. Habrá advertido la ausencia de temas como Culpabilidad,[184] Casación,[185] Dolo, Non bis in idem[186] entre otros tantos temas de actualidad; creemos que el caso admite dispensa.

6. RESEÑA DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO COLOMBIANO

En general, en la exploración del tema por la doctrina, siempre que se trata de exponer sobre la autoría se hace referencia a los sujetos activos o agentes que realizan el tipo penal, no sólo por la conducta desplegada por el autor; es decir, que el autor realiza por sí mismo la conducta subsumible en el tipo respectivo, ya sea por medio de él mismo (autoría directa), con otros (coautoría) o a través de instrumentos (autoría mediata).[187] Claro que para que haya concurso de personas debe existir por lo menos el grado de tentativa referido al principio de ejecución del tipo.

En la teoría del dominio del hecho, formulada por Welzel, defendida por Maurach y desarrollada por Roxin, es **autor**, como hemos venido sosteniendo, quien tiene el dominio del hecho, por lo que de él dependería, dejar correr, detener o

[183] "El Derecho Penal de culpabilidad en el proyecto de Codigo Penal (Parte General) de 1974", en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 5, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 162.

[184] Culpabilidad fue "el gran tema" en la década de los sesenta, llegando a publicar *Culpabilidad, Dolo y Participación*, Editorial Jorge Álvarez, Buenos Aires, 1966.

[185] Motivo de su conferencia en Córdoba, UNC, el 11/06/07, dictada en la sede de los Tribunales Federales.

[186] Motivo de su conferencia magistral el 23/3/06 en la Universidad del Aconcagua en Mendoza.

[187] En Sentencia del 2 de septiembre de 2009, rad. 29221, MP. Yesid Ramírez Bastidas nos explica las distintas formas de autoría que existen bajo el dominio funcional, dominio de la acción o dominio de la voluntad, como también a la bien criticada coautoría por cadena de mando, desarrollando en esta providencia todo lo concerniente a la teoría del dominio del hecho.

interrumpir por su comportamiento la realización del tipo penal.

El Código Penal colombiano nos refiere en el artículo 29 numeral 1 que se entiende como autor aquel que realiza por sí mismo la conducta subsumible en el tipo respectivo.

En adhisión a esto, y para completar la idea, la doctrina ha dicho que con respecto a si para ser autor se necesitan algunas cualidades especiales, según Velásquez V., *"se debe tener en cuenta que para ser autor no se necesita tener unas calidades mentales específicas, por lo que un inimputable puede ser autor, lo que interesa aquí no es eso precisamente sino que tenga un dominio del hecho; asímismo si la persona obre dentro de una causal de justificación ello no impide que sea autora de la conducta típica que se trate"*.[188]

El hombre de atrás, es decir, el que se vale de otra persona para cometer el delito, determina a otro –mediante error invencible o insuperable coacción– para que este le realice el supuesto de hecho.[189]

Para ostentar la categoría de autor mediato, debe cumplir ciertos requisitos en el ordenamiento colombiano. Según Velásquez V.[190] estos son: *1) dominio del hecho, 2) subordinación, ya sea por error, coacción o incapacidad de inculpabilidad, 3) conducta dolosa, 4) que no sea delito de propia mano o elemento subjetivo especial, y 5) que la forma de autoría mediata sea relevante y que no sea propio de una autoría directa.*

En lo que hace a la **coautoría**, por ejemplo, cuando se ejecuta el hurto de un banco y uno de los coautores abre la bóveda, otro vigila el exterior, otro extrae el botín, etc.; vemos como ésta se constituye a partir de la existencia un acuerdo común (expreso o tácito) para llevar a cabo de manera mancomunada una contribución objetiva a su realización. De todos modos este tipo penal tiene el elemento subjetivo de obtener provecho para sí o para otro; por tanto, se necesita

[188] VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de Derecho Penal*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 4ª edición, 2010, Bogotá, p. 574.

[189] Ibídem, p. 102.

[190] Ibídem, pp. 574/575.

de este elemento para determinar la coautoría, y no sólo tener el dominio del hecho.[191]

El orden jurídico colombiano, siguiendo los lineamientos del Código Penal español de 1995, como también de la dogmática alemana, concibe los elementos de la coautoría en orden de tres: Acuerdo común, división del trabajo e importancia del aporte. Dentro del artículo 29 del plexo normativo sustantivo, se incluye la figura del *actuar por otro*, como el de la autoría mediata; por ende, se cumple las tres formas de dominio, que son el de acción, funcional y de la voluntad.

En referencia a este último tema, la denominada teoría de la coautoría por cadena de mando, ha suscitado mucha polémica en Colombia a partir de la confusión con la llamada autoría mediata a partir de aparatos organizados de poder. La primera, trata sobre el fenómeno de intervención plural de personas en principio articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, es dable comprenderla a través de la metáfora de la cadena. La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en sentencia del 2 de setiembre de 2009, M.P Yesid Ramírez Bastidas. Rad. 29221, ha dicho:

"En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo, quien dio la orden inicial, y quien finalmente la ejecuta no se conozcan. Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquél dirige. Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera

[191] Ibídem, p. 579.

secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente, de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la trasmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría. Esta forma de intervención y concurrencia colectiva en conductas punibles es característica en organizaciones criminales claramente identificadas que consuman el delito de concierto para delinquir con fines especiales de que trata el artículo 340, inciso 2º de la ley 599 de 2000 o como puede ocurrir en grupos armados, ilegales, independientemente de los postulados ideológicos que los convoquen pues en eventos incluso pueden carecer de ellos, pero la coautoría por cadena de mando también se puede consolidar tratándose de comportamientos punibles consumados por funcionarios públicos de menor o residual grado, quienes como anillos últimos hubiesen recibido órdenes de inmediatos superiores constituidos en mandos medios, y éstos a su vez de otras jefaturas ascendentes que administrativamente se hallan articuladas hasta llegar a la cabeza principal quien dio la inicial orden. ***En este seriado descendente del mandato o propósito hasta llegar al ejecutor, todos responden a título de coautores****".*

Tratadistas influeyentes, como Jakobs, conciben el fenómeno tratato ut supra como coautoría, ya que, tal como ya reseñáramos, los coautores se reparten el dominio del hecho, dado que el ejecutor posee el dominio sobre la configuración concreta del delito (bajo la forma del dominio de la acción) mientras que el hombre de atrás conserva el dominio sobre la decisión del delito, pero hay juristas como Daniel Rafecas,[192] que afirman que esta figura no hace parte del fenómeno de la coautoría sino que se corresponde con el dominio del hecho en su modalidad de autoría mediata bajo aparatos organizados de poder, coincidiendo con Roxin, al considerar que:

"La tesis de la coautoría elude la decisiva diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la

[192] RAFECAS, DANIEL, "Autoría mediante aparatos organizados de poder" [Blog: Catedra Hendler]. Argentina - s.f [citado el 28 de febrero de 2014]. Disponible en: http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=4

autoría mediata está estructurada verticalmente (con desarrollo de arriba abajo, del que ordena al ejecutor), mientras que la coautoría lo está horizontalmente (actividades equivalentes y simultáneas). Esto habla claramente contra la coautoría y a favor de la autoría mediata. Dos son los requisitos de este tipo de autoría mediata: 1) Un aparato organizado de poder estructurado verticalmente por el cual "descienda" sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical) y 2) La intercambiabilidad del ejecutor. Según Roxin, es posible suponer también la autoría mediata en organizaciones criminales no estatales (por ejemplo, mafias criminales) que alcancen a tener una estructura similar y que cumplan con estos dos requisitos".

Mario Salazar Marín, cuyas ideas y posturas han sido reconocidas hasta en la misma Corte Suprema de Justicia (Sala Penal), indica que, adoptando el dolo de la tradición, que incorpora la conciencia del injusto, bien puede seguirse la teoría del dominio del hecho; pero involucrando en ella el desvalor del injusto. Entonces, autor no es quien domina el supuesto del hecho, sino aquel que domina el hecho injusto. Dominar el hecho objetivo sin dominar el injusto que encierra no es dominio completo. El manejo adicional del centro de gravedad de la conducta, que en efecto es la antijuridicidad, ayuda eficazmente, por el contrario, a distinguir el autor, del participe.[193]

Este "dominio del injusto", según el entender de Fernández Carrasquilla, lo tendría solamente de quien depende que el hecho sea injusto, algo que no se desprende de lo que los sujetos hagan o piensen, sino de "las valoraciones del Derecho positivo", de tal modo que el dominio apenas puede referirse al "hecho", o sea, al "proceso causal que con la conducta se pone en marcha".[194]

Salazar Marín responde que "*nuestro razonamiento apunta a la distinción entre el concepto general de la antijuridicidad y el concepto concreto del injusto del sujeto, refiriéndonos a que este como autor domina su propio ilícito, sin menoscabo*

[193] SALAZAR MARÍN, MARIO, *Autor y Partícipe en el Injusto Penal*, Temis, 1992, Bogotá, p. 91.

[194] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, FERNANDO, *Derecho Penal Fundamental*, t. II, Temis, 1989, Bogotá, p. 393. Citado por Salazar Marín, Ibídem, p. 92.

de las valoraciones generales sobre lo que el Estado considera antijurídico".[195]

Para el Maestro Reyes Echandía, autor es la persona que realiza la conducta típica; aquella que efectúa la acción u omisión a que se refiere el verbo rector, ya sea en forma directa (Pedro falsifica moneda nacional y extranjera), o indirecta valiéndose de un instrumento (medios mecánicos, animales o personas), como cuando el actor deja armada una trampa mortal que la propia víctima acciona, o utiliza un perro amaestrado para herir a su enemigo, o se apodera de un maletín ajeno que alguien ha descuidado, utilizando engañosamente a un transeúnte para que se lo alcance.[196]

La coautoría, por su parte, puede ser:

a. Impropia: por ejemplo cuando Pedro, Juan y Diego deciden robar un almacén y lo hacen de tal manera que el primero distrae al vigilante, el segundo rompe la cerradura de las puertas y el tercero se apodera de la mercancía.[197] En esta clase de coautoría un mismo hecho típico es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como propio, aunque la intervención de cada una de ellas tomada en forma separada no se adecue por si misma al tipo.

b. Propia: se configura cuando cada uno de los actuantes desarrolla integral y simultáneamente la misma conducta típica acordada por ellos, como cuando Pedro y Juan matan a Diego de sendos disparos de revólver; es, en cambio de acuerdo al jurista, la autoría mediata, se da cuando el ejecutor instrumental de la conducta típica realizada por el autor mediato puede ser una persona normal que haya actuado erróneamente convencido de que lo hacía de manera licita o jurídicamente indiferente, o persona privada de voluntad (dormida, hipnotizada o violentada hasta la pérdida de todo control), o tratarse de un inimputable incapaz de indeterminación. En todos estos casos el único real autor es el que ha realizado el

[195] Ibídem.
[196] Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal*, Temis, 1996, Bogotá, p. 131.
[197] Ibídem, p. 133.

hecho punible *longa manus*, pues el ejecutor instrumental no ha actuado como ser humano, ya que no ha tenido el dominio del hecho.[198]

7. EL ABORDAJE DE LA AUTORÍA EN LA DOCTRINA PERUANA. LA INFLUENCIA DE ROXIN

La dogmática peruana ha asumido, en líneas generales, la tesis del dominio del hecho de la mano de sus más notorios estudiosos del Derecho Penal. Vemos la elaboración de Felipe Villavicencio Terreros sobre la aplicación de la tesis del dominio fáctico, en la que apunta a que *el dominio sobre el hecho constituye la característica general de la autoría. Autor es el que tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado*.[199]

Al mismo tiempo el trabajo dogmático se ve reflejado en la formación de la jurisprudencia puesto que la tesis del dominio del hecho ha sido llevada a este terreno. La jurisprudencia sobre este tem ha dicho que "el código Penal peruano vigente, en su capítulo IV, sistematiza dos formas de intervención delictiva: "Autoría y participación". El texto del artículo 23 establece las distintas formas de autoría en los siguientes términos: *"el que realiza por sí, o por medio de otro el hecho punible y los que los comentan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción"*. De este modo se configuran normativamente la autoría directa o inmediata (el que realiza por sí); la autoría mediata (por medio de otro) y la coautoría (los que cometan conjuntamente). Es claro que el Código ha optado por la teoría del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación".[200]

Esta influencia de la doctrina puede verse en casos emblemáticos como lo son aquellos que refieren a la autoría mediata. Uno

198 Ibídem, p. 131.

199 *Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., 3ª reimp., Grijley, Lima-Perú, 2009, p. 469.

200 Corte Suprema de Justicia, Lima, Expte. 19-2001-09.

de ellos es el proceso llevado adelante contra el ex presidente constitucional peruano, Alberto Fujimori, en el cual se aplicó la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, como creación doctrinaria independiente de la categoría de la autoría mediata clásica, a partir de lo desarrollado por Welzel en el Derecho Penal alemán.

Más allá de las críticas dirigidas al fallo judicial sobre la responsabilidad penal de Fujimori, en el sentido que habrían presuntas nulidades, lo único que aquí interesa es el hecho de la rigurosidad y propiedad que debe de animar al trabajo dogmático; esto es, el uso correcto de las categorías jurídico-penales, que para el caso in comento se refiere al empleo adecuado de las categorías de autoría y participación criminal, por lo que, un caso como el del ex presidente en mención puede ser abordado tanto desde el ángulo de la autoría mediata, como el de la coautoría.[201]

Legislativamente, la teoría del dominio del hecho fue receptada en el artículo 23 del Código Penal peruano, en donde se incluye tanto a la autoría directa, como a la coautoría y la autoría mediata, así como a las formas clásicas de participación, como son la instigación y la complicidad, tanto primaria como secundaria. Esta previsión legal claramente ha orientado el desarrollo dogmático a la luz del modelo de la tesis del dominio fáctico.

Percy García Cavero ha dicho que *posiblemente la formulación de la teoría del dominio del hecho más exitosa sea la*

[201] Es de reconocer que el Derecho Penal peruano tiene las características generales de receptor de teorías, tesis y planteamientos doctrinarios perfilados y madurados en otros países, de preferencia europeos, como es el caso de Italia y Alemania, por ejemplo, ya que en el país de Leonardo Da Vinci se plantearon las iniciales grandes visiones del delito, como fue el caso puntual del racionalismo jurídico-penal, con el empleo de las categorías jurídico-penales correspondientes. Y en el país de GOETHE se han dado los más laureados planteamientos en materia de visiones sistémicas del delito. Tal recepción ciertamente que no se reduce al aparato normativo jurídico-penal, sino que se proyecta a los elementos y fenómenos diversos de la realidad social, desde cuestiones concretas, como es el permitir el ingreso de capitales extranjeros cuando los países de tales inversionistas foráneos no permiten el ingreso de la empresa privada peruana, hasta elementos de índole cultural, como es el caso de portarse, respecto a países de los cuales nos independizamos históricamente, como si fuésemos aún sus colonias; esto es, como si existiesen todavía las metrópolis.

realizada por Roxin. Esta formulación no sólo ha gozado de la adhesión de buena parte de la doctrina penal, sino que, en nuestro caso, la propia Corte Suprema se ha decantado por asumir esta teoría para explicar las distintas formas de autoría expresamente reguladas en el artículo 23º del Código Penal. Así, en la Ejecutoria Suprema del 11/03/1999 (Exp. 5315-98-La Libertad) se señala expresamente que "Toda forma de autoría dolosa en los delitos dolosos de resultado, sea en su modalidad directa, mediata o coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho".[202]

Asimismo, Roxin y Jakobs muestran una vez más su impronta en los trabajos de Raúl Pariona Arana e Iván Meini cuyas investigaciones fueron hechas durante estancias en Alemani. Estos han hecho hincapié en la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder.

Pariona Arana en su obra "Autoría Mediata por Organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación".[203] (manifiesta que *los "hombres de atrás" no deben responder –según Roxin– únicamente como "instigadores", sino que deben hacerlo como "autores mediatos". En estos casos el "hombre de atrás" domina la voluntad del ejecutante si da una orden de ejecución del hecho punible a través de un aparato de poder. El autor se sirve a discreción de los órganos de ejecución del aparato de poder organizado para la realización de su plan criminal. El autor no necesita aquí coaccionar o engañar al ejecutor, incluso ni siquiera conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que en caso de incumplimiento de la orden por parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución.*

A su vez Meini ha afirmado que en los aparatos organizados de poder existiría la posibilidad de identificar una tercera forma de dominio de la voluntad, en aquellos supuestos en que el dominio se da por coacción y por error, esto daría lugar a casos de autoría mediata distintos de los conocidos y aceptados.

---

[202] *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima-Perú, 2008, p. 559.
[203] Grijley, Lima-Perú, 2009, pp. 49-50.

Esta forma de dominar la voluntad sería a través del dominio sobre la organización que implicaría que el autor mediato tenga a su disposición una organización que funciona automáticamente, lo que permitiría confiar que las directivas y órdenes ilícitas que profiere para que sean cumplidas por el resto de miembros de la organización serán siempre ejecutadas, con independencia de quién sea en concreto la persona que las lleve a cabo.[204]

Sin embargo, Hans Welzel mediante sus planteamientos instala un punto de partida para las reflexiones actuales de los reconocidos exponentes contemporáneos del Derecho Penal alemán. Los mismos surgen al analizar la orden que concreta el inferior jerárquico respecto a su superior en un contexto de organización militar. Si bien el obrar en cumplimiento de un deber tiene el sello de su naturaleza de causal eximente de responsabilidad penal, ha sido el material teórico-normativo con el cual se ha intentado en parte responder a la problemática que implica la cadena de mando en materia de autoría y participación delictiva.[205] Luego de la segunda guerra mundial, con la caída de la cúpula del nazismo alemán, al ser vencida la Alemania hitleriana por los aliados occidentales, se hizo más evidente la necesidad de regular debidamente a tal problemática, pues la función garantizadora y ético social de la dogmática se había perdido con la Escuela de Kiel.[206]

La dogmática penal peruana, no ha sido la excepción a la regla, sino que, antes bien, al faltar una precisión normativa en el texto penal sustantivo en materia de autoría mediata y coautoría, por ejemplo, el artículo 23 del Código Penal peruano se limita a consignar el enunciado general de tales categorías, con la asunción implícita de la tesis del dominio fáctico, por lo que es en el desarrollo dogmático en donde apreciamos la respectiva contribución. En este sentido, el manejo de categorías resulta determinante a la hora de fijar el respectivo desarrollo dogmático.

---

[204] *El Dominio de la Organización en Derecho Penal*, 1ª ed., Palestra, Lima-Perú, 2008, pp. 17-18.

[205] El tema se encuentra tratado en: PARMA, CARLOS, *Derecho Penal Posmoderno,* ARA Editores, Lima, 2005.

[206] BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al Derecho Penal,* Temis, Bogotá, 1994, p. 175.

La autoría mediata clásica excluye por excelencia responsabilidad penal en el instrumento ejecutor, afirmándola en el caso del autor mediato; esto es, de la "persona de atrás". La coautoría, por su parte, es asimilada en sus elementos básicos que la integran, estos son la distribución de roles, el aporte esencial, el acuerdo común.

Por dominio funcional de la acción, el coautor es tan autor como su socio en el crimen. Responde por su rol desempeñado, en la realización de un determinado tipo penal; pero también por el plan común y el obrar conjunto.

La autonomía de la autoría mediata por aparatos organizados de poder es un camino alterno a la aplicación de las reglas de la coautoría; pero ciertamente que no es el único. Elementos clásicos de la coautoría se pueden aplicar a los casos de organizaciones criminales que han alcanzado un desarrollo destacable en su estructura. El dinamismo de los roles ayuda a resolver de una mejor manera los casos que se pueden presentar debido al cambio que experimentan en su rol, en determinadas ocasiones, los sujetos activos del delito, por lo que en ese sentido el reconocimiento de la variabilidad del rol resulta sumamente útil para poder apreciar los roles asumidos, tanto en la etapa previa a la ejecución, como los roles desempeñados en la etapa propiamente ejecutiva del delito. Por eso no se debe caer en intentos de aplicación mecánica de un sentido meramente formal de los aportes y de una visión estática de los roles.

La distribución de estos últimos, implica por su parte la existencia de un acuerdo común, que asegura la óptima asignación de los distintos papeles que se cumplirán. Esto también implica que la forma representativa de la coautoría sería la coautoría originaria, por la cual los coautores se ponen de acuerdo antes de la realización de los actos de ejecución, a diferencia de la coautoría sucesiva por la cual los coautores se ponen de acuerdo durante la fase ejecutiva del delito. La distribución de roles no tiene porqué ser interpretada como igualdad exacta en los roles, sino tan sólo como asunción voluntaria de roles, ya que sin una participación plural de personas, el delito podría no haberse cometido.

La cuestión requiere un análisis dinámico, pues los roles que los intervinientes se asignen entre sí pueden eventualmente mutar en la práctica.

Sólo en la ejecución misma del hecho específico se sabe primero si el coautor cumplió su rol o bien materializó otro pues siempre se depende de la versatilidad del contexto donde se ubican los diversos sujetos.

Esta visión variable incide en la noción de aporte esencial, la cual sirve para indicar la importancia de los aportes o contribuciones de cada coautor. Así una visión estática de los roles, por un lado, y un análisis de los aportes restringido al plano formal del asunto, habrían inclinado "la balanza" a favor de la solución por la autoría mediata en la problemática de los aparatos organizados de poder.

Por ejemplo, que un cómplice primario pueda convertirse en coautor, o que un cómplice secundario pueda llegar a ser cómplice necesario en la misma ejecución del delito no podría surgir de una visión de roles estáticos, pues su concepción como tales reduce el espectro de la interpretación, pues no admiten el hecho de la variación de los mismos.

Ciertamente se identifica la influencia de **Roxin**, el cual ha planteado históricamente la independencia de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, respecto a las reglas generales de la categoría de la autoría mediata.

El principio central consistente en que el único que responde jurídico-penalmente es el autor mediato, como "hombre de atrás", siendo el instrumento generalmente inimputable, en el sentido que no se le puede responsabilizar penalmente, pero al mismo tiempo no niega la posible aplicación de las reglas clásicas de la coautoría. Y es que en tal creación o recreación doctrinaria, al no regir el dicho antiguo del "magíster dixit", no tiene porqué ser receptada sin crítica ni miramiento alguno.

La tesis de Roxin sobre la **autoría mediata** a través de un aparato organizado de poder ha tenido amplia aceptación en doctrina penal[207] y filosofía del Derecho.[208]

---

[207] AMBOS, K.,"Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder", *Cuadernos de Conferencias y Artículos Nº 20*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho Penal y filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, p. 16, nota 21.

[208] Motivo de la resolución de los tribunales alemanes sobre el caso de los guardias fronterizos responsables por el homicidio de fugitivos en la frontera de la

La cuestión de la fungibilidad e intercambiabilidad de los roles, sugerida por Roxin, descubre que la coautoría sería quizás la más correcta posición para responder al tema de la distribución de los roles, cuando hay un ejecutor que es jurídicamente imputable, sin que el mismo obre por coacción, amenaza, sin dolo, o bajo error, dentro de un esquema de variación de roles, al punto que lo más trascendente sería el distinguir, en dicho esquema variable, entre coautor y cómplice; esto es, propiamente entre autoría y participación.

En relación a la **complicidad,** a diferencia de otras legislaciones, la peruana contempla la existencia de una clasificación en dos niveles: La primaria o necesaria; y la secundaria.[209] En ese sentido, interesa diferenciar nítidamente entre coautoría y complicidad primaria, cuando se trata de aparatos organizados de poder, más aún cuando en el desarrollo de la acción un sujeto activo puede pasar de ser un cómplice secundario a uno primario, teniendo en cuenta que el cómplice, a diferencia del coautor, no tendría el dominio del hecho ni tendría razón para tenerlo en realidad.

En la coautoría original podemos ver que los coautores trazan un plan común ante una imaginaria, en donde se proyecta el crimen en igualdad de condiciones y el rol asumido por cada coautor es en un sentido estático. Mas en la coautoría sucesiva, los coautores no gestan su plan común en una fase previa a la ejecución, sino que se ponen de acuerdo en plena

República Democrática Alemana (RDA). El Tribunal Supremo Federal estableció en la sentencia BGHSt 39 (noviembre de 1992), que los guardias eran penalmente responsables por esos crímenes. En segunda instancia, BGHSt 40, de julio 1994, el Tribunal amplió la responsabilidad penal a los antiguos altos funcionarios de la RDA, quienes habían impartido las órdenes y los declaró culpables del homicidio en autoría mediata. Este tema fue vulgarmente conocido en la academia como "los defensores del muro" y tratado extensamente –entre otros– por ALEXY, ROBERT, "*Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín",* Rev. DOXA, Hamburgo, 1997, pp. 197/210.

[209] La legislación Argentina data del año 1921 y en sus artículos 45 y 46 establece la calidad de partícipe primario y secundario. Ver: ROMERO VILLANUEVA, HORACIO, *Código Penal de la Nación, 5ª* edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 180 y ss.

fase ejecutiva, de modo que realizan su conducta en un sentido eminentemente práctico.

Dadas estas consideraciones, la distribución dinámica de los roles se encuentra acompañada por la visión material de los aportes esenciales puesto que no es indispensable que los aportes tengan que ser equivalentes en una medida cuasi matemática, en donde cada coautor sea semejante con el otro, y no haya una cierta preeminencia de uno respecto a otros; siendo así no sería concebible la existencia de un jefe que conduce la escena del delito y planifica el crimen de tal manera que dirige a los ejecutores como si fuesen incluso una extensión del mismo.

La realidad puede superar cualquier planificación, de allí que la previsibilidad categóricamente exacta e incuestionable no existe en forma plena y científica. En conclusión, el correcto entendimiento de los aportes en la coautoría ha de ser desde la materialidad de estos y no desde la formalidad, por cuanto no se puede negar que los aportes, desde un punto de vista aislado e individual, siendo en realidad distintos en dimensión e importancia respecto a la escena del delito, son en conjunto igual de importantes porque cada aporte logra, en su reunión y concatenación, el resultado buscado.

Hoy en las bandas delincuenciales hay jefes y ejecutores, e incluso algunos jefes de organizaciones criminales suelen dominar los hechos al punto de dirigir las acciones delincuenciales desde prisión. Además en múltiples ocasiones quien está en el fragor mismo de los hechos puede torcer la ejecución del mismo en un sentido diverso a lo planificado. Por ello, la visión material del aporte esencial sería más justa y fiel con esta realidad.

La situación de lo que acontece en las bandas criminales se puede trasladar a los casos de aparatos organizados de poder cuya organización criminal sustenta, por su desarrollo, el goce de poder económico como político.

Fue el caso de la denominada "Cosa Nostra" siciliana, liderada por Toto Riina y Bernardo Provenzano que dieron muerte a los prohombres del Derecho, como son los jueces italianos Giovanni Falcone y Paolo Borsellino.

Esta traspolación vale en un sentido general, pues cuando, por ejemplo, se presentan supuestos de obrar bajo coacción

o amenaza, hablaríamos no ya de coautoría, sino de autoría mediata. Ello implicaría que, para los supuestos de obrar en un aparato organizado de poder habría que distinguir supuestos específicos, uno de imputabilidad, capacidad de culpabilidad y responsabilidad plena en sentido penal cuando el ejecutor tiene la posibilidad de conjurar una amenaza o coacción; y otro en donde no es responsable al ser un mero instrumento, por obra de un auténtico autor mediato que lo dirige, sin posibilidad de cancelar su acción, hasta la consumación efectiva del delito.

La aplicación de la tesis de la imputación objetiva no tiene la precisión que ostentan las categorías clásicas de autoría y participación, pues éstas hacen hincapié en la determinación exacta de la intervención en el delito; esto es, el sujeto activo descubierto ya sea como autor o partícipe en sentido estricto. Aún así, la sociedad de riesgos ha dejado sentir su influencia con el planteamiento de esta teoría que precisamente trata de establecer la existencia de una imputación jurídico-penal, basada en los elementos del tipo objetivo.

Tanto en Europa como en Latinoamérica, cada planteamiento dogmático llevado adelante, en materia de autoría y participación, debe procurar darle solución al nivel de intervención del sujeto activo en los hechos de relevancia jurídico-penal, variando la solución de acuerdo al tipo penal de que se trate, ya que un tipo penal de propia mano, como es el caso del delito de violación sexual por acceso carnal no consentido, solamente puede ser cometido por una perosona determinada (el que efectivamente penetra a la víctima), ya sea con su miembro genital o con ciertos objetos o miembros adicionales del cuerpo (una mano, un dedo). Claro está que en una violación cometida por varios sujetos activos en agravio de una sola persona se trataría de una coautoría, en donde los autores son del "mismo nivel", pues todos los intervinientes han tenido acceso carnal, además de posibilitar la misma comisión del delito.

La colaboraración que anula la resistencia del sujeto pasivo del delito para así asegurar la comisión delictiva y que puede implicar sujeción de las extremidades de la víctima, hace posible el acceso. En el hecho hay una primera etapa en donde se detectan, por lo menos, varios actos de colaboración; pero al

no limitarse la mayoría de los sujetos a ayudar para que solamente uno de ellos tenga acceso sexual, los actos de coautoría se imponen por encima de los actos de mera colaboración; esto es, de simple complicidad.

La teoría del dominio del hecho sirve en forma idónea a los supuestos de acción o de comisión activa; y en ese sentido, se amolda o interpreta correctamente a los supuestos hipotéticos que se puedan presentar en el ejemplo de la violación. En esa medida, el acceso carnal sería un delito de propia mano, aunque se pueden dar casos de violación por encargo, en una especie de "sicarios del tánatos" que, sepultando el amor que mueve, en principio, el hilo de las relaciones intersubjetivas entre las personas, violenta la libertad sexual del ser humano que le permite yacer con quien crea conveniente, en cuyo caso habrá instigación de parte del "contratante", siendo la tesis apta para responder a su problemática, la teoría del dominio fáctico, pues la otra gran teoría que intenta responder a los aspectos de la autoría y participación delictiva, como es la teoría de la infracción de deber, centra su atención no en el dominio de la acción, sino en el incumplimiento de los deberes de carácter extrapenal.

El Derecho Penal peruano, desde el tratamiento de los ilícitos jurídico penales comprendidos en el catálogo de delitos cometidos por funcionarios públicos, viene transitando nuevos caminos, dejando ya un poco de lado los supuestos típicos de delitos de propia mano o que encuadran dentro de los alcances de los delitos de dominio.

No obstante ser un país receptor de teorías extranjeras, ha avanzado en el desarrollo doctrinario no solamente de la teoría de los delitos de infracción de deber, sino que también se ha atrevido a ir más allá de los paradigmas actualmente en boga, a paso lento pero progresivo que es de esperar se consolide a través del tiempo, a partir de abordajes innovativos en autoría y participación, en consideración de la aptitud de determinada teoría para expresar las diversas formas que adopta la conducta humana de relevancia jurídico penal.

CAPÍTULO 4

FORMAS DE AUTORÍA

1. Dominio del hecho: Categorización de los modos de autoría. 2. Individuo y autoría: autoría directa. 3. Tipos de coautoría. 3.1. Coautoría funcional. 3.2. Coautoría concomitante: ¿verdaderamente es una forma de autoría? 4. Autoría mediata. 4.1. Generalidades de la autoría mediata en el Derecho comparado. 4.2.1. Modos de la autoría mediata. 4.2.1.1. Ejecutor que no realiza el tipo objetivo. 4.2.1.2. Ejecutor que obra bajo error. 4.2.1.3 Ejecutor que actúa justificadamente. 4.2.1.4. Ejecutor que realiza el injusto coaccionado. 4.2.1.5. Ejecutor que obra en estado de inimputabilidad.

1. DOMINIO DEL HECHO: CATEGORIZACIÓN DE LOS MODOS DE AUTORÍA

Las clases de autoría vienen marcadas por la relación entre dominio y ejecución; así, en la autoría directa o inmediata el autor domina el hecho ejecutando por sí mismo y de propia mano todos los elementos del tipo. En la autoría mediata y en la coautoría los autores pueden o no ejecutar de propia mano elementos del tipo; lo que si deben es, en todo caso, dominar la ejecución del delito.

Cuando en el hecho concreto "interviene" más de una persona, sería lógico aceptar la riqueza del aporte dogmático, puesto que resulta sencillo cuando se trata de una sola persona la que realiza el acto ejecutivo del delito. Este autor determinado que materializa o efectiviza la realización inmediata del tipo, restringe el concepto de autor y comprende al que ejecuta por sí solo.[1]

[1] BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Obras Completas,* ARA Editores, Lima, 2004, p. 1073.

Como podemos observar esta teoría del dominio del hecho con orígenes en el finalismo, permite fundar distintas formas de autoría: 1) Autoría individual, inmediata, directa o por mano propia, a la cual se adecua la redacción de los tipos legales; 2) Autoría mediata o por mano ajena, en la cual el autor actúa mediante la utilización de un instrumento humano; 3) Coautoría, cuya forma más relevante conlleva la realización consciente y querida por varias personas, mediante el co-dominio funcional del hecho por división consentida del trabajo.

El Derecho Penal, como disciplina particular del Derecho visto como un todo, viene a ser una ciencia, por esto la existencia de las clases de autoría a su vez implica la posibilidad de establecer una taxonomía a partir de una clasificación doctrinaria; como tal es plausible la ordenación de sus elementos, en este caso teniendo en cuenta el fenómeno de la autoría delictiva.

Al tratarse de una ciencia de la cultura, el derecho imprime a tal fenómeno su sello particular, aplicándose una determinada ideología de la teoría del delito, después de las primeras configuraciones del naturalismo causalista, el arribo y desarrollo sostenido del finalismo ontológico y del funcionalismo teleológico, en una actualidad no carente de problematización.

Bramont-Arias Torres, Luis Miguel menciona los **criterios** a tener en cuenta para aplicar el concepto del dominio del hecho. Los cataloga en:

a. Dominio conjunto del curso del acontecer: el transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad.
b. La capacidad de hacer continuar y de impedir (Maurach: da mayor precisión a la coautoría).
c. La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo (verificable en los delitos de omisión).
d. El poder sobre el hecho (posibilidades físicas o habilidades del agente).
e. La subordinación de la voluntad (teoría del dolo).
f. Voluntad del dominio del hecho y sentimiento de autoría (conoce y es consciente de los hechos y su dominio).[2]

[2] Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Eddili, Lima, 2002, pp. 402/404.

2. INDIVIDUO Y AUTORÍA: AUTORÍA DIRECTA

Se trata de casos donde el autor domina en soledad el suceso, de manera que en su persona concurren todos los elementos del tipo, cometiéndolos de propia mano. Puede hacer en concreto que avance o se detenga el "iter criminis". Por todos estos rasgos se considera que es la forma más sencilla de explicar aunque esta afirmación consiste en un análisis un tanto superficial pues receptando las agudas críticas de Luzón Peña, puede ser que el hecho esté siendo solo *facilitado* por el sujeto, pero en verdad *determinado*, por ejemplo, por un factor natural, como en el caso del perro que, habiendo atacado espontáneamente a un tercero, está mordiendo a la víctima, siendo que el "autor" solo ayuda al animal, aprovechándose de la situación, golpeándolo con una vara, para que sea aún más agresivo, o tratando de quitar las prendas a la víctima.

El sujeto humano solamente facilita que el proceso causal desencadenado por el animal enfurecido continúe su curso, pero quien determina fenomenológicamente el hecho es el can.

No obstante resulta erróneo atribuirle la muerte al sujeto, pues éste tan sólo ha favorecido el curso causal, lo que no implica que pueda configurarse otra tipicidad, como es el abandono de persona, omisión de auxilio o aviso a la autoridad.

Por otro lado, en el ya analizado ejemplo del abuso sexual con acceso carnal donde la víctima es reducida por colaboradores notamos que no es del todo correcto afirmar que el autor individual en condiciones normales actúa "solo", pues puede obtener la colaboración de cómplices que no dominan el hecho, y ello no quita el hecho de que se trate de un único autor.

El Código Penal alemán, luego de entrar en vigor la parte general en el año 1975, según el artículo 25 primer párrafo, define que el autor es quien comete por si mismo el hecho. La jurisprudencia del BGH involucró a los llamados soldados tiradores del muro de Berlín quienes habían abatido a disparos a los fugitivos de la ex Alemania Democrática como autores pese a que actuaban por encargo y en interés de su gobierno (BGH St 39,31 y s.).

Sin perjuicio de ello puede sostenerse, válidamente, que la regla general es que el autor individual comete el hecho, dominando en soledad el curso del suceso y determinando el resultado, ejecutándolo de propia mano y reuniendo las condiciones especiales que requiera, en su caso, el tipo de autor cualificado (*delicta propia*).

3. TIPOS DE COAUTORÍA

La coautoría se da "cuando varias personas, previa celebración de un acuerdo común (expreso o tácito) llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización; dicha figura, pues, se basa también en el dominio del hecho final-social –que aquí es colectivo y de carácter funcional– por lo que cada autor domina todo el suceso en unión con otros".[3]

3.1. Coautoría funcional

Enseña Balcarce que "*existe coautoría cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos (dominio funcional del hecho). Resulta justo en esta temática abrevar en Welzel cuya idea versaba en que "la coparticipación en el dominio final del hecho estriba en que cada uno, al llevar a cabo su acto parcial, no sólo ejecuta su voluntad del hecho, sino al mismo tiempo también la de los demás", en tanto Gallas fundamenta el dominio del coautor en que el agente más allá de su porción psíquica en el hecho, refuerza la disposición y la energía para el hecho de los demás intervinientes en la ejecución*".

La clave radica en cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y sin embargo dirige el hecho conjuntamente con los otros.

[3] Velázquez V., Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Comlibros, Bogotá, 2009, p. 899.

En síntesis, coautor funcional es aquél que, sobre la base de la cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva, presta una aportación esencial al hecho.

Esta forma de coautoría ya fue suficientemente desarrollada en oportunidad de analizar las cuestiones generales de la teoría del dominio del hecho, al cual nos remitimos.

Sólo vale la pena resaltar sus notas características generales; la pluralidad de sujetos que dominan conjuntamente el curso del suceso en base a un reparto funcional de tareas, pudiendo dividirse la comisión de los elementos del tipo objetivo y obrar en base a un plan común. Ciertamente existe una decisión delictiva conjunta. Sucede comúnmente cuando se actúa a sabiendas, con acuerdo previo o concomitante, de la concreta intervención de cada uno (división de tareas) configurada esta a través de una conducta específica.[4]

3.2. Coautoría concomitante: ¿verdaderamente es una forma de autoría?

Donna, cita un ejemplo en donde un sujeto A golpea a la víctima y la deja inconsciente, retirándose de la escena; mientras que un coautor B aprovecha luego la situación y se apodera de la billetera de la víctima. A es autor de lesiones; y B de hurto, pero ambos no cometen un robo.

Podría provocarse en el observador una confusión con la coautoría funcional si el análisis se da desde el punto de vista meramente objetivo o desde la sola afectación plural del bien jurídico, sin embargo esta forma de coautoría se diferencia notablemente de esta última.

La inexistencia de un acuerdo entre los coautores para ejecutar los hechos distingue claramente esta forma comisiva ante **la ausencia de *funcionalidad*** en esta modalidad de coautoría, pues solamente se constata una afectación plural de los bienes jurídicos de la misma víctima, en forma casual o, más sencillamente, en modo no acordado por los co-causantes.

[4] Castillo Alva, J., *Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, Perú, Ed. Grijley, 2006, p. 508.

Esta clase muestra una ausencia de voluntad común que permite separar perfectamente los injustos que, concomitantemente, se ejecutan contra el mismo damnificado, sin que exista más que una conexión casual entre ellos, no verificada en una voluntad autoral unificada. Es claro que los autores no planearon una ejecución grupal; pero ésta se produce por azar. Yendo un poco más lejos, es por demás discutible si verdaderamente se trata de una forma de coautoría.

El retiro del coautor A de la escena torna ciertamente imposible una coautoría sucesiva de acuerdo común en la fase ejecutiva del delito.

Entonces, desde este prisma, quizá sea más correcto hablar de autorías individuales acumulativas que de coautoría concomitante.

4. AUTORÍA MEDIATA

4.1. Generalidades de la autoría mediata en el Derecho comparado

La construcción de una noción general del fenómeno de la autoría mediata no es tarea sencilla, pues las opiniones doctrinarias son por demás diversas, lo cual, enriquece pero dificulta el abordaje conceptual de esta especial clase de autoría.

Los casos de autoría mediata conllevan la intervención de dos agentes:

a. **El autor mediato**: comúnmente denominado "*hombre de atrás*", que no comete de por sí el acontecimiento delictivo; es decir, no actúa de propia mano; pero, paradojalmente, ostenta el *sí* y el *cómo*, tiene las riendas del evento, ***domina el hecho***.

b. **El instrumento**: "*hombre de adelante*" o ejecutor, que es quien, sin ostentar el pleno dominio, realiza el hecho personalmente, en virtud del accionar del mencionado en primer lugar.

La idea de la autoría mediata se elaboró en **Alemania** para superar, en el marco de la teoría formal objetiva, la concepción

de un partícipe que sólo es punible si lo es el autor, la cual recalca una "accesoriedad extrema".

Para superar los inconvenientes que generaba que "el partícipe sólo será responsable si el autor lo es y en tanto lo acompañe en su obra", apareció con fuerza luego de 1940 el **concepto extensivo de autor** donde el aporte ahora sería considerado. De esta manera, simplemente podría entenderse que todo el que aporta algo es Autor (con la salvedad que sea claramente cómplice o instigador).

Con el tiempo, esta idea más que hegemónica, pierde su fuerza inicial, producto de la accesoriedad limitada y la teoría material objetiva, por lo que una vez que la doctrina comenzó a transitar la figura del autor mediato en la ley, esta pasó a considerarse una forma especial del dominio del hecho, junto al dominio de la propia acción. A pesar de la incompatibilidad la doctrina aceptó la convivencia de la teoría *formal*-objetiva con la teoría (*material*-objetiva) del dominio del hecho.

En síntesis, si cupiere reconocer una premisa en la materia sería la siguiente: Quien Objetivamente tiene el dominio del hecho, podrá tener la voluntad de dominarlo.

Bacigalupo dirá en función de esta hipótesis que: *"Lo que caracteriza al autor mediato no es la relación típica en sentido objetivo, ni la dirección final del hecho en sentido subjetivo, sino su posición de Superioridad en la decisión del hecho de otras personas fundamentada en un déficit relevante de la voluntad del que obra inmediatamente".*

A su modo, **Righi** dirá que *"se trata de supuestos de dominio de la voluntad de otro, de modo que el suceso en cuestión debe desaparecer como "obra de la voluntad rectora del hombre de atrás".*[5]

El Código Penal portugués de 1982 distingue entre "autoría" y "participación". Conforme al primero, autor es:

a. "El que ejecuta el hecho por sí mismo";

b. "(El que ejecuta el hecho) por intermedio de otro";

[5] RIGHI, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2008, p. 385.

c. "(El que) toma parte directa en su ejecución de acuerdo o conjuntamente con otro u otros";
d. "El que, dolosamente, determina a otra persona a la realización del hecho", añadiendo, "desde que exista ejecución o inicio de ejecución".

Según **Teresa Pizarro Beleza**, aunque el ordenamiento penal lusitano "*parece adoptar un concepto restrictivo de autor, inspirado en el dominio del hecho(…) sin embargo, con la inclusión en la ‹autoría› de lo que llamaríamos inducción, se aproxima a una concepción más amplia, de raíz causalista, en la que los inductores son verdaderos autores morales*"; pero con carácter accesorio al hacerla dependiente de una ejecución iniciada por otro, con lo que se distingue del sistema legislativo alemán que incluye a los inductores en la categoría común de partícipes.

En el **Código Penal mexicano** la autoría mediata fue desconocida por la antigua legislación del año 1931. Se introdujo esta tesis en la reforma de enero del año 1984 en el artículo 13. De allí que en la fracción IV se considera como autor a quien lleve a cabo el delito sirviéndose de otro.

A mitad del siglo XX, en Argentina, **Ricardo Núñez** como destacado profesor de la Universidad Nacional de Córdoba al interpretar las disposiciones del art. 45º del Código Penal Argentino, enseñaba que "*se puede ser autor de un delito a pesar de que otro sea su ejecutor material directo*". El agente que maneja al instrumento es el autor mediato del delito y no hay participación criminal (coautoría) entre éste y el instrumento porque falta la autonomía de la prestación del aporte del instrumento y falta la convergencia intencional necesaria entre ambos, admitiendo la autoría mediata en los llamados delitos especiales cuando el agente reúne las calidades especiales que requiere el tipo penal aunque éstas no se hallen en el ejecutor, pero no en el caso contrario en el que o habrá coautoría, si el agente toma parte en la ejecución del hecho, o será un cómplice necesario. Consideraba que era imposible la autoría mediata en los delitos de propia mano, porque requieren la auto-intervención de una persona calificada.

Carlos Fontán Balestra, al referirse en forma restrictiva y limitada al derecho positivo argentino, decía que "*son autores*

mediatos quienes se valen de un inimputable o un inculpable para cometer un delito (…) no sólo el que personal y directamente realiza el hecho punible, sino quien acude a fuerzas extrañas que emplea a modo de instrumento".[6] Puede decirse que este criterio ha quedado varado e el tiempo.

Sebastián Soler, quien niega la autoría mediata, sosteniendo la inducción, cuando el agente se vale de un instrumento doloso, es decir, que conoce la antijuridicidad del hecho, sostuvo que: "A*utor mediato es el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable o no es imputable, pero es autor*" aceptando, al igual que Núñez, la autoría mediata en delitos especiales siempre que las especiales calidades del autor se hallen reunidas en el agente, como también la posibilidad de autoría mediata en delitos de propia mano, atendiendo para ello a la forma de la figura penal de que se trate, a la razón de la incriminación y a las características del bien jurídico protegido.

Asimismo, considera autor mediato tanto al que deliberadamente se sirve de un irresponsable como instrumento, como el que cree servirse de un sujeto responsable al cual cree instigar; también si el sujeto tenía el ánimo de ejecutar una acción de complicidad y luego resultó que el ejecutor era un irresponsable, fundando esto en que el cómplice tiene la voluntad dirigida a la producción de un delito aun cuando lo quiere realizado por la acción de otro. Por último, sostiene que la irresponsabilidad del ejecutor puede no ser plena, como sucede en los casos de error cuando éste no sea totalmente excusante y deje subsistente para el sujeto la responsabilidad por culpa; en tal caso el autor mediato responderá por su hecho doloso y el ejecutor por el hecho culposo cuando como tal sea reprimible.

Zaffaroni argumenta que el art. 45º del Código Penal Argentino incluye, en la figura del "*determinador*", no sólo a los casos de autoría mediata, sino a otros supuestos que son de autoría –no mediata– y otros de instigación.

Es *autor mediato* el que se vale de un tercero que actúa sin dolo, atípicamente, o bien, que actúa justificadamente. "*La*

[6] Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 434/435.

autoría mediante determinación puede ser un caso de autoría directa, cuando el determinado no realiza conducta alguna, que es el más radical supuesto de determinación, o bien, puede ser un caso de autoría mediata, cuando el determinado actúa pero lo hace en forma atípica o típica pero justificada. Cuando el determinado comete un injusto, sólo que inculpablemente, no hay autoría por determinación, sino participación por determinación, esto es, instigación".

La autoría mediata indica autoría mediante determinación de otro, pero no "*autor mediante otro autor*", porque frecuentemente el interpuesto no es autor, negando la autoría mediata cuando el sujeto se vale de otro que es inimputable, de una persona en error de prohibición invencible o de alguien en situación de necesidad inculpante, por entender que la falta de reprochabilidad de la conducta del interpuesto no da el dominio del hecho al determinador.

Dice Zaffaroni: "*El prejuicio de que siempre debe haber "un autor detrás del autor" tiene su origen en que la autoría mediata se creó como un "expediente práctico" para resolver unos huecos de punibilidad que surgían del requerimiento de que el instigado actuase culpablemente, puesto que se llevaba la accesoriedad de la participación hasta la culpabilidad*", lo que se supera al abandonar la tesis de la accesoriedad extrema.

La doctrina italiana del siglo XIX representada, entre otros por Carrara, Brusa, Impallomeni[7] y con mayor precisión Berner, Mittermayer, Liszt, Binding de la Escuela Alemana han contribuido históricamente a la construcción dogmática de la tesis del autor mediato.

Si bien esta idea tuvo una importante crisis en el año 1943 donde en Alemania se impuso "la accesoriedad limitada" (Código Penal del Reich), años después en Atenas (1957) el VII congreso internacional de Derecho Penal (conclusión B, Nº 4) definió como autor mediato al "*que determina a cometer una infracción al ejecutor que no puede ser responsable*". Esta evocación aunque estancada en el tiempo, sirve para recordar

[7] MAGGIORE, G., *Derecho Penal. Parte General*, volumen II, Ed. Temis Bogotá, Impreso: Buenos Aires, 1954, pp. 127 y ss.

a las soluciones que se llegaron en el "caso de Dohna" en que se presentaba la figura del "autor detrás del autor" creada por Richard Lange.

Bacigalupo critica al rememorar diciendo que "*la tradicional y arcaica limitación de la autoría mediata al uso de un instrumento inimputable, ha sido engrosada –en primer término– por las hipótesis del instrumento que obra en error esencial e invencible y el valerse de persona o entidad que obra conforme a derecho. La admisión de la autoría mediata en el caso del instrumento que actúa de acuerdo a derecho importa una clarísima definición que afecta la esencia misma de la concepción de la antijuridicidad. Una antijuridicidad que había desplazado su centro hacia el disvalor del resultado y que la agotó en él no pudo concebirla. Fue menester la incorporación del disvalor del acto, que es un innegable descubrimiento de la teoría finalista de la acción, para que esta hipótesis pudiera alcanzarse por la autoría mediata*".[8]

En otro orden de ideas acota que, "*lo que caracteriza al autor mediato no es la realización de la acción típica en sentido objetivo, ni la dirección final del hecho en sentido subjetivo, sino su posición de superioridad en la decisión del hecho de otras personas fundamentada en un déficit relevante de la voluntad del que obra inmediatamente*".

Roxin, al tratar extensamente esta teoría, sostenía la posibilidad de describir las manifestaciones de la autoría también en la Parte General mediante indicaciones más precisas. "*La vía adecuada para ello reside en formular, del modo más conciso posible en sus resultados más importantes para la aplicación del Derecho, las síntesis en las que se funden las ramificaciones de la figura central*".

En su oportunidad, el maestro alemán al comentar proyectos previos a la actual redacción del Código Penal alemán, señalaba las dificultades de acoger, en una redacción legislativa a "*una determinación conceptual cerrada y exhaustiva*" del concepto

[8] BACIGALUPO, E., "El anteproyecto de Código Penal de 1967 para la República de Venezuela", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Director: Luis J. de Asúa, Nº 1, enero-marzo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 148.

de autor y las formas concretas de autoría mediata y coautoría, ya que los elementos de la autoría que se determinen en la Parte General, deben a su vez complementarse a partir de la interacción con las estructuras inherentes a los tipos de la Parte Especial, de los delitos de infracción al deber, los de dominio, de propia mano, etc.

De este modo concebía

a. **Autoría directa:** autor directo es aquel que realiza la acción típica personalmente.

b. **Autoría mediata:**

   I. autor mediato es aquel que domina la realización del tipo, al coaccionar de manera exculpante al sujeto que actúa directamente o aprovechar su falta de libertad volitiva basada en otras razones; dirigir de manera configuradora de sentido la acción típica, sustrayéndose a la voluntad del ejecutor directo mediante la provocación o aprovechamiento de un error; servirse para realizar el delito de un órgano a él sometido en el marco de maquinarias de poder organizadas.

   II. En las infracciones penales en que la autoría se fundamenta en el quebrantamiento de un deber especial, es autor mediato aquel que produce el resultado típico por medio de una persona no obligada.

Asimismo, desde el enfoque de la teoría del dominio del hecho, **Roxin** sostiene consideraciones acerca del "*dominio de la acción*" y "*dominio de la voluntad*", y refiere que la figura de la autoría mediata, basada en una razón objetiva independiente de todas las construcciones intentadas, "*no constituye un mero supuesto vergonzante de inducción y que consiste en algo más que en la causación común a todas las formas de participación*".

Se trata de casos en los que falta la acción ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora, como corresponde apreciarlo en las diferentes manifestaciones que pueden agruparse en: 1) La utilización de un agente no libre; es decir, coaccionado; 2) La

utilización de quien sufre un error; 3) El aprovechamiento de elementos de superioridad psíquicos o intelectuales, por ej., de menores o enfermos mentales; 4) La utilización de un aparato organizado de poder; 5) Y también las situaciones de utilización de un "instrumento doloso".

Para **Maurach-Gössel-Zipf**, es autor mediato "*quien para la ejecución de un hecho punible que se pueda cometer con dolo, se sirve de otro ser humano como instrumento*", siendo el elemento material constitutivo de la autoría mediata, el dominio del hecho en la persona del "*hombre de atrás*". Señalan que la autoría mediata se presenta como fronteriza a la idea de autoría y participación. Con la autoría tiene en común que el autor mediato también realiza *por sí mismo* el hecho propio mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho; en tanto con la inducción tiene en común que ambas formas delictivas causan el resultado típico, mediante la *motivación* de una persona para lograr el resultado.

El aspecto central de la autoría mediata radica en el abuso de una persona en cuanto instrumento, mientras que la inducción se manifiesta como la corrupción de un ser humano libre. Y sólo quien posee el dominio del hecho puede abusar de otra persona para la ejecución del mismo, en tanto el inductor agota su rol luego de provocar el propósito torcido en el otro y se somete a la voluntad del autor principal –inducido–. El autor mediato controla, desde el comienzo hasta el final, el desarrollo de los acontecimientos.

Jakobs sostiene que la autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva, o sea dolosa y culpable del ejecutor sino que "*lo característico de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión. Superior dominio de la decisión quiere decir: al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato*".

Sobre esta base se asienta su firme postura negatoria de la autoría mediata cuando el "*instrumento*" ocupa una posición en un aparato de poder, o quien ejecuta con dolo aún sin intención,

o cuando adolece de algún elemento de cualificación en el caso de los delitos especiales, sosteniendo que "*no es un dominio lo que conduce a la autoría mediata, sino la competencia por lo hecho por el instrumento*".

Se puede sostener que la estructura de la autoría mediata surge a partir de que el sujeto de atrás, con su sola intervención no puede o no desea realizar el tipo delictivo y, en todo caso, aquella resultaría insuficiente, recurriendo entonces a un instrumento que actúa bajo su dominio, para que realice una acción –típica o no– que posibilita la comisión de un tipo delictivo. Así, se advierte la diferencia con la autoría inmediata o directa, en la que el sujeto ejecuta por sí solo, realizando todos los elementos del tipo, en tanto en la autoría mediata el sujeto de atrás –que siempre actúa típicamente– lesiona un bien jurídico a través de otro, aunque éste provoque la lesión de un bien jurídico propio.

Hirsch reflexionaba acerca de la delimitación de la autoría mediata, diciendo que sus fronteras se encuentran en los supuestos de ausencia de culpabilidad del autor inmediato, no extendiéndose a los casos de error sobre el sentido concreto de la acción, ni a otros errores de motivación.

El problema no se limita a los casos de deficiencias del injusto por parte del autor inmediato ni a una supuesta frontera dentro de los requisitos de la culpabilidad, sino que puede apreciarse a partir de deficiencias en cada una de las categorías del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad– que "*se orientan por fenómenos previos a la norma*", por lo que no se puede resolver como un fenómeno meramente normativo, sino que "*requiere una fundamentación precisa, elaborada sistemáticamente sobre la base de los principios generales de delimitación entre autoría y participación*". Admitía que la teoría de la autoría mediata en Alemania había ido más allá de los límites legales para solucionar "*lagunas de la punibilidad*", que surgían de la falta de una disposición que castigue la inducción al suicidio, sobre todo.

Se puede colegir de todas las opiniones doctrinarias vertidas, las dificultades que existen al momento de fundamentar esta especial figura, a las que **Gimbernat Ordeig** califica de "casi

insuperables", concluyendo que deberá encontrarse la solución en la Parte Especial, por falta de definición del concepto de autor en la Parte General, lo que considera hoy ya se encuentra previsto en el derecho español, conforme a su reforma.

4.2.1. *Modos de la autoría mediata*

Bacigalupo caracteriza a esta forma de autoría, dentro de los delitos de dominio, recalcando como nota saliente la *subordinación* de la voluntad del instrumento con relación a la del autor.

Parte de la doctrina prefiere la utilización indistinta de los términos "*instrumento*", "*ejecutor*", "*intermediario*" o "*hombre de adelante*", para referirse a aquél que realiza la acción que produce el resultado, teniendo en cuenta el valor histórico y cultural de tales acepciones.

Pero también se debe resaltar que algún sector de la doctrina ha realizado reservas pues consideran impertinente denominar "*instrumento*" al hombre de adelante, pues, como sostiene **Villavicencio Terreros**, de tal modo se evita el prejuzgamiento del grado de conocimiento del ejecutor con respecto al hecho comisionado, empleando el maestro peruano el concepto de "*intermediario*". Coincide con ello José Hurtado Pozo, cuando prefiere la denominación de "*intermediario material*", pues la clásica acepción de instrumento hace pensar que aquél (el hombre de adelante) debe ser un incapaz o alguien privado de toda voluntad.

Son varias las modalidades que se conciben en la doctrina por las cuales el hombre de atrás puede dominar la acción del ejecutor o instrumento. Pasaremos revista de ellas:

4.2.1.1. Ejecutor que no realiza el tipo objetivo

Un claro ejemplo citado por Villavicencio Terreros de esta modalidad es el engaño a la víctima para que se lesione a sí misma. Claramente, la lesión provocada en el propio cuerpo no será punible; mas ello no niega la responsabilidad del autor mediato

por el engaño pergeñado. Se trata de aquellos supuestos donde el ejecutor resulta manipulado por el autor, siendo que aquél no obra típicamente.

Acierta el autor, cuando refiere a esta como una forma de ejecución de la autoría mediata, teniendo en cuenta que, usualmente, no resulta incluida en la bibliografía especializada.

La autoría se funda, a nuestro juicio, en dos circunstancias: 1. En el mayor conocimiento que ostenta el autor con respecto al curso lesivo que desplegará el intermediario (dolo directo), o en la mejor posición para conocer la situación, en los casos de dolo eventual y culpa, con o sin representación, 2. En el vicio de la voluntad del ejecutor, pues su consentimiento para realizar la conducta (atípica para él) se encuentra corrompido por obra del hombre de atrás.

Cabe decir que estos supuestos serían compatibles con la autoría mediata en el delito imprudente, y en casos de dolo eventual.

En el primero encontramos por ejemplo, el instructor de alpinismo que no asegura correctamente los tensores y las cuerdas, de manera que la víctima consiente la práctica al no advertir la situación, pero luego de unos metros de escalamiento, fallan las medidas de seguridad, cayendo y lesionándose el practicante. Es un caso de auto-lesión, pues ella no es provocada, causalmente, por el instructor, pero este último, prestando un deficiente servicio, vició el consentimiento del damnificado, configurándose un caso de autoría mediata imprudente ante la ejecución auto-perjudicial de la práctica deportiva.

Como ya mecionamos arriba aquíel autor mediato realiza una prestación obligacional deficiente, violando el deber de cuidado, provocando que la víctima, la cual cuenta con la debida diligencia de aquél, ejecute la acción auto-lesiva.

Un caso de dolo eventual podría configurarse cuando dos sujetos juegan a la ruleta rusa, a propuesta del propietario del arma de fuego, el cual no recuerda si está cargada, mas se arriesga de todos modos, afirmando que el revólver está descargado, siéndole indiferente la producción del resultado, tocándole el turno al infortunado co-participante, el cual jala el gatillo y se dispara. La eventualidad del resultado estaba

abarcado cognoscitivamente en la psiquis del autor mediato, el cual manipuló la situación y llevó a su compinche al trágico desenlace, resultando ser autor mediato de homicidio.

4.2.1.2. Ejecutor que obra bajo error

Este es el clásico supuesto donde el instrumento obra en error de tipo, el médico que entrega a la enfermera una inyección letal, la cual aplica a la víctima sin saberlo; el encargado de utilería de un teatro que reemplaza las balas inocuas por verdaderas, a fin de que se dispare y mate al actor odiado, etc.

Vemos que el hombre de atrás, aprovechándose del error en el cual ya se encuentra el intermediario, o bien, provocando el yerro, logra que el ejecutor realice el tipo objetivo, pero obrando éste sin dolo. Como consecuencia se funda la responsabilidad del autor, según Bacigalupo, en su mayor conocimiento de las circunstancias típicas. Resulta indiferente, dice Villavicencio Terreros, que el intermediario actúe con culpa inconsciente, pues resulta suficiente que el hombre de atrás obre dolosamente y que conozca la inobservancia del deber de cuidado por parte del ejecutor.

Afirma el tratadista citado que, haciendo alusión a la opinión de Roxin, en el supuesto de que el intermediario actúe con imprudencia consciente deberá, si *ambos conocen* la situación típica, descartarse la autoría mediata, pues el dominio del suceso recae en cabeza del hombre de adelante.

Discrepamos con la solución de Roxin, puesto que el ardid desplegado por el hombre de atrás precisamente tiende a lograr que el ejecutor realice la acción típica, violando el deber de cuidado. La respuesta del maestro deja impune al autor mediato pues, en su concepción, la mera dominabilidad del ejecutor transforma al hombre de atrás en un simple inductor doloso en el delito imprudente, por tal motivo impune en la mayoría de la legislación comparada, siendo que el dominio de éste "instigador" finca en la realización de maniobras tendientes a conseguir que el intermediario viole el deber de cuidado, constituyéndose en el *dominus* de su voluntad en tal sentido,

por colocarlo en la situación de riesgo, lo cual se corresponde con su plan criminal.

Coincidimos, con lo que expone Villavicencio Terreros para el cual, sin perjucio de la postura de Roxin, la voluntad realizadora solamente cabe en el hombre de atrás, quien obra dolosamente, contando con la ligereza del intermediario, en cuyo caso se podría configurar la autoría mediata.

En una concepción personal del injusto, no vemos porqué motivo no habrán de separarse las tipicidades (dolosa –autor mediato–; imprudente –instrumento–), pues el dominio del hombre de atrás depende, justamente, del obrar imprudente del ejecutor. La respuesta de Roxin conlleva al infortunado resultado de englobar la solución de la totalidad del caso en una sola forma típica, en su opinión: el sujeto que influye al autor imprudente para que obre de tal forma no debe responder penalmente, pero debe observarse que el hombre de atrás actúa dolosamente y su influjo se dirige a que el intermediario viole el deber de cuidado, de manera que uno comete un injusto doloso (hombre de atrás) y el restante uno imprudente (ejecutor). En tal hermenéutica, la existencia de dos planes paralelos, uno de ellos dirigido a la manipulación de la actividad del ejecutor, no obsta a que se configuren la totalidad de los elementos objetivos y subjetivos de las respectivas tipicidades según el autor que obra.

Esta separación podríamos apreciarla en el caso del instrumentista que desea lesionar al paciente que van a operar, y opta por no desinfectar en debida forma el instrumental, con la esperanza de que el médico infecte al paciente, pero lo hace de tal forma que la falta de asepsia es advertible a simple vista, no obstante lo cual el cirujano no se percata, lesionando imprudentemente al intervenido al provocarle una grave infección.

El instrumentista es autor mediato de lesiones dolosas, pues emplea como intermediario al médico, sin instigarlo, pero llevándolo a que obre en forma imprudente, lo cual es *su* plan, mientras que el médico es autor culposo de lesiones imprudentes, por la violación del deber de cuidado, consistente en la falta de una vigilancia mínima en los instrumentos utilizados.

Se configura una suerte de "*concurso ideal de personas*", en la medida que concurren a determinar un mismo resultado típico una pluralidad de autores, los cuales responden conforme al tipo penal realizado.

Concordantemente el **artículo 48 del Código Penal Argentino** establece: "*Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe*". Esta norma consagra, a nuestro juicio, la teoría del injusto personal.

En ella, no existe razón para limitar la interpretación de la cláusula legal y diferenciar situaciones jurídicas donde la ley no lo hace, pues esta realiza un tratamiento conjunto de todas ellas en vistas de que no sólo se circunscribe a las *calidades personales* (por ej.: competencia funcional en los *delicta propia*), sino también a las *circunstancias personales*, lo cual engloba la forma de actuar, es decir, con conocimiento y voluntad típica (dolo) o violando el deber de cuidado, representándose o no la situación de riesgo (imprudencia).

En otro extremo estaría Edgardo Donna, quien considera que el dominio de la voluntad se funda en el más amplio conocimiento del sujeto que realiza el influjo; es decir, el hombre de atrás, pues si ambos conocen la situación y las circunstancias en igual medida, no existiría posibilidad de dominar la voluntad del instrumento. Ahora bien, si el conocimiento es circunstanciado, como de hecho lo es, el citado autor, en realidad, nos estaría dando la razón, pues, a contrario sensu, los autores no conocen, en el ejemplo antes citado, la situación en igual rango. Que la acción del instrumento sea voluntaria, aunque negligente, no obtura el razonamiento realizado, pues la enfermera que obra en error de tipo también ejecuta una acción voluntaria, resultando tan instrumentalizada como el médico cirujano.

Bacigalupo indica que sin dudas se estará ante una autoría mediata, en los casos de error de prohibición invencible, ya que el hombre de atrás se vale de la incapacidad de comprensión del instrumento, el cual no está en condiciones de obrar de otra

forma a como lo hizo, dominando así el hecho. No obstante es posible la autoría mediata, aun cuando el instrumento obre bajo error de prohibición vencible.

Stratenwerth considera, que es claro el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, el cual explota el desconocimiento normativo del ejecutor y se aprovecha de tal déficit cuando la invencibilidad del error de prohibición se equipara, en sus efectos, a la incapacidad de comprensión de la culpabilidad, pues el intermediario pierde, en ambos casos, la posibilidad de orientarse conforme a derecho. Ahora, según este, en los supuestos donde el error es meramente vencible deben ser analizados caso por caso, teniendo especialmente en cuenta la intensidad de la influencia en el ejecutor.

Villavicencio Terreros, en cambio, previa cita de Jescheck-Weigend, sostiene que en el supuesto de que el intermediario actuare en base a un error de prohibición evitable, ello se traducirá en una mera participación del hombre de atrás, fundada en la conducta culpable del ejecutor, aunque atenuada por la vencibilidad del error. Coincide con este criterio Alberto Hernández Esquivel, quien considera al hombre de atrás un inductor.

4.2.1.3. Ejecutor que actúa justificadamente

Es caso en el que el juez, resultando engañado por documentos falsos, pronuncia una sentencia injusta y perjudicial. Sólo el autor mediato domina el hecho, pues se vale del desconocimiento del juez con respecto a la falsedad de los documentos.

En este sentido Bacigalupo sostiene que, con respecto al ejecutor que obra conforme a derecho, se justifica la responsabilidad del autor mediato, pues, conociendo mejor la situación fáctica, domina la escena y la voluntad del intermediario.

El maestro peruano Villavicencio Terreros apunta que el hombre de atrás debe emplear al intermediario, de tal forma, que lo coloque en una *posición subordinada* (Welzel), logrando así el dominio de la voluntad, entiéndase provocando la situación por la cual el hombre de adelante necesita defenderse, consiguiendo así, el autor mediato, el objetivo de afectar a la

víctima, quien da pie a la situación de defensa (agresión ilegítima contra el ejecutor).

Se modifica la solución final cuando la situación justificante no haya sido provocada por el hombre de atrás, limitándose éste a animar el ejecutor a ejercer su defensa.

Independientemente de tomarse partido por la teoría estricta o la limitada de la culpabilidad, entendemos que por ejemplo también deberían incluirse aquí similares a la cuestión del autor que organiza una "broma", por la cual le pide a su víctima que se disfrace de ladrón, de manera que, sabiendo que el ejecutor transita armado, sea "asaltado" por la víctima, esperando que su instrumento considere la situación como real y lo mate, es decir, son supuestos donde el intermediario, a instancias del autor mediato, percibe erróneamente circunstancias fácticas que lo habilitarían a obrar conforme a una causa de justificación.

4.2.1.4. Ejecutor que realiza el injusto coaccionado

Con relación a los supuestos donde el instrumento obra coaccionado, Bacigalupo resalta que es una cuestión por demás debatible si el autor logra doblegar la libertad del hombre de adelante, en cuyo caso habrá autoría mediata o si, en cambio, éste sólo resulta inducido, generando el dolo del ejecutor, en cuyo caso el hombre de atrás será un instigador o inductor.

Así, para el jurista, las soluciones se distinguen según se venza la resistencia del ejecutor, suprimiendo su libertad (autoría mediata), o si solamente se le dan motivos para decidirse por la comisión del injusto (instigación). Coincide con ello Villavicencio Terreros, cuando expresa que, resultando una cuestión debatida, dependerá la autoría mediata del grado de la coacción y la influencia de ésta sobre la responsabilidad jurídico penal del intermediario.

Hernández Esquivel, acuerda cuando apela a una cita de Roxin, afirmando que: "*no cualquier coacción da lugar a la autoría mediata… aquél que simplemente ejerce sobre el agente directo influencia más o menos intensa, no tiene el dominio en sentido jurídico, porque se mantiene la responsabilidad en el*

ejecutor. Pero a quien influye en otro de manera que de iure se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad".

Discrepa José Hurtado Pozo, quien expresa que "*en caso de que el autor mediato emplee coacción, también el intermediario es culpable. En todo caso, éste debe actuar aunque sea con voluntad limitada*".

Coincidimos con el maestro Enrique Bacigalupo, puesto que, en el caso de que la amenaza no logre anular la libre determinación del intermediario, éste, en todo caso, cuenta con poderosas razones para ejecutar la acción injusta; mas ello no implica que pueda decidir no cometer el hecho, arriesgándose a sufrir el mal prometido por el hombre de atrás, cual es, en este caso, un instigador.

No es lo mismo que el ejecutor sea intimado a escribir una carta injuriante contra su propio empleador, so pena de que el inductor envíe fotografías a la esposa del intermediario, el cual está junto a su amante en un motel; que el autor mediato apunte con un arma de fuego a la cabeza del hijo del instrumento, amenazando con jalar el gatillo, si es que éste último no mata a un tercero en ese mismo acto. Dependerá, entonces, del perjuicio anunciado y de su entidad, pues cuanto mayor sea la gravedad del daño y más inminente éste sea, mayores serán las razones para suponer que el intermediario decidió cometer el hecho en forma no libre, cediendo a las coacciones (autoría mediata).

En las situaciones ilustrativas se pueden apreciar diferentes grados de reducción y si bien el libre albedrío no puede considerarse completamente anulado en ninguno de ambos supuestos (pues, en tal caso, estaríamos ante ausencia de la conducta, por la vacante voluntad), cuando la coacción sobrepasa un umbral mínimo de libre albedrío, excedido el cual debe considerarse suprimida la libertad de decisión, en tal caso, nos encontraremos ante la obra de un autor mediato. Cuando no se supere ese umbral de tolerancia, será un supuesto de instigación, pues la decisión seguirá siendo libre, aunque el umbral de libertad se verá reducido.

Esta determinación queda bajo el ámbito de la sana crítica racional del juzgador, puesto que no existe un parámetro

objetivo que permita mensurar esto en términos matemáticos o exactos.

Por último, Hirsch dice que dichos casos extremos no pueden ser calificados como instigación, sino como autoría mediata, ya que la acción del sujeto de adelante es una acción no libre, en un sentido estructural prejurídico. No existe una decisión voluntaria, pues se basa en una imposición inevitable, originada en la coacción.

4.2.1.5. Ejecutor que obra en estado de inimputabilidad

Bacigalupo desdobla la solución cuando se está ante un instrumento que carece de la capacidad psíquica para motivarse en la norma como es el caso de un sujeto que presenta una patología psiquiátrica.

Considerará una inducción aquel supuesto en el cual el instrumento aún domine el hecho, a pesar de su incapacidad de imputabilidad; en caso contrario podría darse una autoría mediata.

Villavicencio Terreros adhiere, afirmando que si el inimputable adoptara su propia resolución, habrá obrado, entonces, con propia voluntad, debiendo considerarse que conservó el dominio del hecho (instigación del hombre de atrás).

Stratenwerth, por otra parte, entiende que el dominio de la acción por parte del intermediario no obsta a que éste se encuentre sometido al influjo determinante de otro; es decir, el control de la propia conducta no quita que el hombre de atrás pueda también compartir un cierto ámbito de control. De tal modo, la cuestión pasa a ser cuál será la forma de atribuir el carácter de autor, distinguiendo los casos de falta de culpabilidad o de disminución de la misma, considerando que, en supuestos de culpabilidad atenuada, de todos modos le cabe en cierta medida el dominio de la acción al ejecutor en base a su propia comprensión racional.

El maestro de Basel plantea una doble perspectiva de análisis: desde lo fáctico y desde lo jurídico.

En el primer caso, determinando en los hechos las porciones de responsabilidad de cada integrante, lo cual conduce, según

entiende, a dificultades de delimitación imposibles de resolver (ej.: concretar la medida de comprensión de un niño, contrastando la manipulación de un adulto, etc.); y en el segundo caso se busca la responsabilidad como autor mediato de aquel que hace actuar para sí al inimputable, prefiriendo el maestro alemán esta última opción.

Zaffaroni, Alagia y Slokar disienten con esta posibilidad de concebir una autoría mediata en el caso del influjo sobre el inimputable, agregan que "*la consideración como autor mediato pasa por alto que cuando un sujeto para obtener el resultado típico se vale de alguien que comete un injusto inculpablemente, no tiene el dominio del hecho (…) La determinación que se da por medio de la motivación no otorga el dominio del hecho, pues siempre el sujeto puede contramotivarse por otras razones y nada asegura ni hace presumir que cometerá el injusto. La probabilidad de que el individuo opere conforme al cuadro motivacional que se le quiere imponer no otorga ningún dominio del hecho, puesto que el dominio del acto se configura con elementos objetivos y subjetivos, siendo los primeros la retención del hecho y su conducción en la forma planeada, de lo que es claro que el determinador carece cuando la motivación que ofrece no va acompañada de ningún dato objetivo que haga presumir que la conducta del determinado será manejable a voluntad*".

Es decir, si se trata de manipular a un psicótico, manifestándole que una determinada persona desea matarle, el dominio del hecho será conservado por el inimputable, pues es éste sujeto el que decidirá, en definitiva, si comete o no el injusto.

Para diferenciar los supuestos precedentes, catalogados como instigación por los juristas, de otros que sí pueden constituir autoría mediata o más bien *autoría por determinación;* refieren los tratadistas a una situación en la que el determinado cumple con un deber jurídico, o bien, obra justificadamente; "*el sujeto que se vale de un agente de policía para privar de la libertad a un tercero, determina al agente mediante el uso de la coerción jurídica, porque sería sancionado si se negase a detener a la persona que se sindica falsamente como flagrante autora de un delito. El dominio del hecho (en la forma de*

dominio de la voluntad) no lo tiene el funcionario, sino el que denuncia falsamente, porque coloca a éste bajo esa amenaza. En el supuesto de la justificación la solución es análoga: quien amenaza de muerte a otro para que escriba una carta injuriosa, crea una situación de necesidad de la que nace un derecho para el determinado, pero el dominio del hecho (también en la forma de dominio de la voluntad) lo tendrá el determinador, porque él crea y mantiene la situación de necesidad en el otro, creando el derecho para el coaccionado y, por ende, la presunción de que lo usará para salvar su vida".

En líneas generales, puede coincidirse en que existen diferencias diametrales entre el sujeto que obra inculpablemente, por alteraciones psíquicas que lo vuelven incompetente, de aquellos casos donde se actúa amparado por la necesidad de cumplir con el deber, o bien, lesionando al bien jurídico por existir un permiso.

En los ejemplos, el policía y el sujeto amenazado por el arma podrían negarse, aun a costa de no cumplir con el deber o de padecer el mal prometido, pues la circunstancia de que en todos los casos existe un diferente grado de expectativa de que el intermediario realice la ejecución; no afecta el hecho de que en ninguno de los supuestos puede asegurarse con un grado infalible de certeza que la prestación delictiva del hombre de adelante se efectivizará.

En definitiva, estos casos reavivan la vieja polémica de la existencia o ficción de la libertad de elección, pues la discusión de la preservación o no del dominio del hecho remite a la cuestión de si se suprime o no el libre albedrío; así la inculpabilidad puede comprobar, quizá, un menor grado de probabilidad de que el ejecutor realice el acto; mas eso no quita que el policía y el escribiente de la carta también se manejen en un margen probabilístico. De ese modo, cabría la posibilidad de especificar o completar el enunciado de esta tesis, para determinar a partir de qué momento puede concebirse que el ejecutor pierde el dominio, pues el policía y el sujeto amenazado conservan su libre albedrío, aunque claramente condicionado, pudiéndose negar al acto, aun a costa de las consecuencias que de ello deriven.

Por nuestra parte optamos por mantener una posición cauta sobre esta cuestión y no descartar apriorísticamente toda posibilidad de autoría mediata, pues no parece imposible imaginar algún supuesto donde no podría configurarse una instigación, siendo la única solución la autoría mediata. Por ejemplo, el enfermero que cuida a un peligroso paciente psicótico, y conociendo que tendrá visitas, planea no suministrarle la medicación y, en cambio, reemplazarla por estimulantes, de manera que experimente el paciente un cuadro de ansiedad que lo lleve al delirio, en cuyo trascurso se le provoquen lesiones o la misma muerte al visitante odiado. No podría hablarse de determinación en el sentido de instigación, pues no se han empleado medios directos encaminados a formar el dolo del individuo, sino más bien se han desplegado acciones que permitirían que el paciente, en estado de inculpabilidad, dañe a terceros, lo cual queda abarcado por el dolo eventual del enfermero de que se produzca el resultado, instrumentalizado así al enfermo mental.

CAPÍTULO 5

LAS FORMAS DE AUTORÍA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA Y EUROPEA

1. El criterio de las formas de Percy García Cavero. 1.1. ¿Cuándo inicia la ejecución en la autoría mediata? 1.1.1. Respuesta individual. 1.1.2. Respuesta global. 1.1.3. La perspectiva de Roxin frente al dilema. 2. Articulación de los aparatos organizados de poder en Latinoamérica ¿es posible la autoría mediata a través de ellos? 2.1. Generalidades. 2.2. Requisitos sustanciales. 2.3. Intercambiabilidad o fungibilidad del autor directo. 2.4. Orden en la organización. 3. El alejamiento de la norma. 3.1. Posición de la doctrina en Latinoamérica. 3.2. La postura que sustentamos. 4. Tesis de la "autoría de determinación". 5. Autor por convicción: El paradigma de la reacción social. 6. Autoría y participación en el Código Penal Boliviano.[1] 6.1. La autoría y participación en el Decreto Ley 10426. 6.2. Autoría y participación en el Código Penal Ley Nº 1.768 del 10 de marzo de 1997. 6.3. Exposición de motivos. 6.4. Autores. 6.5 Partícipes. 6.6. Responsabilidad penal intuito personae-incomunicabilidad. 6.7. Nueva Constitución política del estado.

1. EL CRITERIO DE LAS "FORMAS" DE PERCY GARCÍA CAVERO

Este autor se diferencia del común denominador al clasificar conforme a un criterio de *formas* por las cuales se puede actuar en autoría mediata, en lugar de echar mano a las *causas* que pueden explicar el nacimiento de las mismas como el error, la coacción, etc.

En su clasificación hallamos:

[1] Colaboración del Dr. Alan Zárate Hinojosa de la hermana Nación de Bolivia.

a. La **competencia primaria por el comportamiento:** se configura cuando el hombre de atrás realiza una aportación específica al instrumento para que éste ejecute la conducta lesiva por ejemplo, el sujeto que alienta al ebrio para que agreda a un tercero. Lo matiza como un supuesto de "autoría directa disfrazada", pues la competencia recae sólo sobre el autor que realiza el aporte, y no así sobre el intermediario. La contribución del hombre de atrás, para considerarse tal, debe exceder de lo socialmente adecuado,

Advertimos que esta primera clasificación del distinguido profesor de la Universidad de Piura, no permite diferenciar, en forma clara, cuándo se estará ante una mera instigación, y cuándo la acción del hombre de atrás, en su organización de la conducta ajena, permite catalogarlo como autor mediato.

b. La **competencia por la condición de instrumento**: aquí el hombre de atrás organiza la condición de instrumento del ejecutante, colocándolo en una posición de instrumentalización delictiva a consecuencia de un riesgo no permitido imputable al hombre de atrás. Esta instrumentalización del ejecutor, como señalamos, puede deberse a su inducción al ***error*** (o a la no revocación del mismo, estando el autor obligado a sacar del yerro al ejecutor); a la ***situación de justificación*** creada por el hombre de atrás; o bien, a la colocación del ejecutor en ***situación de falta de culpabilidad*** (inimputabilidad por ejemplo, embriagando al ejecutor, inexigibilidad de otra conducta –necesidad exculpante, error de prohibición invencible–).

c. La **competencia independiente de la conducta**: en el caso en el que el autor mediato da fósforos a un niño que provoca, a consecuencia de ello, un incendio, la competencia del autor mediato se basa en "*la sola posibilidad fáctica de facilitar la realización del hecho por parte del instrumento*". En estos casos, sostiene el tratadista en comentario, ni siquiera resulta menester valorar la adecuación social del aporte, pues trátase de personas inimputables cuya integración social solamente es factible si todos los miembros de la sociedad consideran, al actuar, esa situación de inferioridad.

Esta última clasificación, entendemos, ostentará mayor valor en los casos de delitos imprudentes y los cometidos con dolo eventual, pues en ellos resultará por demás gravitante que el hombre de atrás se percate, o al menos esté en condiciones de cerciorarse, de que el inimputable no podría manejar diligentemente una fuente de peligro, como sería el caso del padre que permite a su hijo, sin práctica ni experiencia de conducción, que utilice el automóvil familiar.

1.1. ¿Cuándo inicia la ejecución en la autoría mediata?

Pueden conglomerarse en dos tesis básicas todas aquellas formulaciones que al respecto se han realizado:

1. **Solución individual:** aquella por la cual se considera comenzada la tentativa en la autoría mediata a partir del influjo del autor mediato sobre el intermediario.
2. **Solución global:** traslada el principio de ejecución hasta el efectivo aporte del instrumento.

Las analizaremos exponiendo someramente los problemas que se suscitan:

1.1.1. *Respuesta individual*

Eduardo Crespo, profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, indica que la ejecución de la tentativa se produce a partir de la incidencia del hombre de atrás sobre el ejecutor, sin esperar a la concreción de la actividad de éste último.

Se suele recurrir al argumento de que la influencia del autor es equiparable a la que ostenta quien pone en funcionamiento una maquinaria, puesto que se gesta una cadena causal a partir del propio influjo, en el sentido de que "*lo decisivo es pues que el autor pierda de sus manos el proceso causal que conduce a la consumación del delito, siendo pues con la práctica de la última actividad cuando el autor –da principio*

directamente a la ejecución del tipo" (Schilling, Maurach / Gössel / Zipf, Crespo).

Crespo con mucho tino, dice que esta noción se condice con una necesidad de prevención general y especial, fundada en la demanda político-criminal de no dejar impune la influencia del autor sobre el instrumento, por la mera inejecución del intermediario, lo cual explicaría la fijación del principio de ejecución en un punto anterior a la concreción del aporte del hombre de adelante que es, en definitiva, quien pone en inmediato peligro al bien jurídico.

Farré Trepat, a quien Crespo trae a colación, menciona que "*la antijuridicidad del delito intentado debe conectarse a la última actividad del autor mediato que es el último momento de que dispone para infringir la norma de prohibición" (¡sólo el autor y no el instrumento puede infringir la norma prohibitiva!)*. De todas maneras para el jurista, influirá en la pena aplicable, la menor proximidad del peligro, al entender que constituye un factor a tener presente para determinar la peligrosidad global de la misma y su contenido de antijuridicidad material.

En este orden de ideas sugiere la posibilidad de construir el tipo penal de la tentativa añadiendo al injusto, que sólo podría conectarse a la última actividad del autor mediato o del autor en situación de responsabilidad penal, una condición objetiva de punibilidad consistente en la puesta en peligro inminente del bien jurídico protegido.

Si bien vale el esfuerzo interpretativo, primero debería expresarse cuándo se inicia el *riesgo inminente*, si es posible una cláusula general o si, en cambio, debería verificarse caso por caso.

Luego, el hecho de que se conciba una condición objetiva de punibilidad no puede hacernos perder de vista que el momento de la tentativa sigue siendo el mismo, mas su punición termina siendo condicionada en forma similar a si se considerara el principio de ejecución recién con el aporte del ejecutor, perdiendo coherencia su enunciado inicial.

Sin embargo hay que rescatar que es claro que con dicha postura, se busca evitar una notoria disparidad temporal entre el influjo del hombre de atrás y la obra del ejecutor, añadiendo

con este propósito la mentada condición objetiva de punibilidad (riesgo inminente) que no obsta a que la tentativa ya sea iniciada con la influencia del autor.

Imaginemos el clásico ejemplo del encargado de utilería que reemplaza las balas de fogueo, inocuas, por otras verdaderas, a fin de que el intérprete de un asesino jale el gatillo y asesine a un actor odiado, mas, por fortuna, la obra teatral se suspende, ¿podría considerarse una tentativa de homicidio, simplemente, por el reemplazo de la munición?, ¿puede concebirse en peligro inminente a la víctima por el mero influjo del autor mediato, por la colocación de la munición?, considérese que éste ya hizo todo lo necesario, en términos de Roxin, ya "*soltó el hecho de su mano*", solamente restando que el ejecutor realice su aporte. Parece que las necesidades preventivas tambalean ante las circunstancias apuntadas, demostrando cierta desmesura en la solución estudiada. Por esto, siguiendo a Crespo y Hernández Plasencia, en crítica a esta solución, debe decirse que "*en aras de una mayor eficacia preventiva se acabaría adelantando en exceso el comienzo de la tentativa sacrificando las exigencias de principios como el de mínima intervención y el de lesividad*". Como refiere Küper, resulta por demás incorrecto que en aras de demandas de mayor punibilidad y necesidades de política-criminal se trastoquen las construcciones dogmáticas de la teoría del delito.

1.1.2. *Respuesta global*

Contrariamente al modelo de solución precedente, el global exige el actuar del propio intermediario además del influjo sobre el instrumento.

Como ilustra Crespo, quienes defienden esta postura doctrinal conciben la actuación del instrumento no como un ciego proceso causal, sino como un comportamiento que, como tal, necesariamente está movilizado o dirigido por la voluntad, proponiendo así una solución normativa, pues la acción del ejecutor se imputa al hombre de atrás *como sí* hubiera sido realizada directamente por éste.

Por su parte, a diferencia de la Solución individual, las críticas están dirigidas al excesivo retraso temporal del principio de ejecución, mas nuevamente se alegan razones de política criminal para justificar esta objeción.

Como bien señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, este tipo razonamientos a la hora de direccionar las legítimas acciones estatales en contra de la criminalidad no pueden ni deben modificar las construcciones dogmáticas, pues la política criminal debe orientarse a la seguridad de los ciudadanos *antes* de que se cometa un delito, pero una vez ejecutado este, comienzan a funcionar el sistema de garantías constitucionales que tienden a evitar o a mitigar la irracionalidad natural del poder punitivo.

El Derecho Penal debe funcionar como un complemento reglado del Derecho constitucional, debiendo impedirse que razones de Estado contaminen esta hermenéutica jurídica.

Los detractores de esta postura recurren a ejemplos como el de la bomba colocada en el hogar de la víctima, la cual se activará una vez accionado el interruptor de luz, mas la víctima no concurre al lugar; o el reiterado caso de la esposa que sirve el té envenenado, la cual se retira y espera el momento en el cual su marido lo beba, sin encontrarse en el lugar del hecho.

Consideran excesivo que quede impune dicho hecho por la simple circunstancia de que no se accionara el interruptor.

Roxin formula otra crítica, dirigida a que existirían supuestos –de seguirse esta tesis– que conducirían a configurar una tentativa sin que siquiera el autor tenga conocimiento, sea por hallarse inconsciente del evento o por estar ausente en el momento de ejecutarse. Según sostiene, ello daría pie a una construcción contraria a un dolo actual de la producción del resultado, además de depender el mismo de casualidades.

Claro que estas objeciones no parecen tener la misma convicción y energía, en el ejemplo de la bomba, cuando se adopta la solución individual, de manera que no parecen tener suficiente peso, pues en este caso tampoco existe un dolo actual en el momento de la producción del resultado (en la explosión, el autor no está presente), además de que el proceso causal continúa su curso, pues el autor ya soltó las riendas de la dirección del hecho. Así, esta objeción no convence en lo absoluto.

El maestro de Múnich dice que "*si se afirma como algo indiscutible el dominio del hecho tanto en el empleo de un instrumento "mecánico" como en el de un mediador que actúa sin culpabilidad o sin dolo, hay que admitir la equivalencia normativa ya conocida de las formas de dominio del hecho también para la descripción del comienzo de la tentativa* ***por encima incluso de diferencias puramente fácticas****".*

Si bien existen diferencias claras entre los casos donde el instrumento actúa en forma casi mecánica, de aquéllos en los cuales puede omitir la acción, en todo caso, las soluciones deben basarse en los mismos criterios dogmáticos, sin admitirse diferencia.

Wessel/Beulke, refutan también al sostener que "*la propuesta de delimitación entre preparación y tentativa de la solución global en realidad implica trasladar a la autoría mediata un modelo pensado para la coautoría, que no respeta por ello la peculiaridad propia de la autoría mediata en la que, a diferencia de aquélla, no existe comisión conjunta alguna y tampoco una resolución delictiva común. Por esta razón señalan estos autores que del hecho de que la actuación del instrumento le sea imputada al hombre de atrás como propia no se deduce necesariamente que éste último no traspase la barrera de la tentativa en un momento anterior*".

Para clarificar volvemosa a los ejemplos, entonces si bien el autor mediato puede reemplazar las balas de utilería con munición verdadera, puede ocurrir que la obra se suspenda o que el actor confunda el arma y tome otra sin balas; también, en el caso del sujeto que amenaza con un arma al hijo del instrumento para que éste mate a un tercero, bien podría ocurrir que este, aun corriendo riesgo la vida de su propio hijo, decida no hacer nada.

En tal inteligencia, se ha de entender, que el instrumento, por su propia esencia y naturaleza, se transforma y actúa como una extensión o brazo del propio autor mediato. Así si el instrumento no realiza un hecho que legitime la defensa de la víctima o bien que torne viable que la misma obre en estado de necesidad justificante (casos de ausencia de libertad o de error de tipo), contradiciendo el propio plan del autor mediato (el

cual se representó contar con el aporte voluntario del instrumento, sea consciente o no), pues en tal caso el mero influjo del autor mediato en el instrumento, sin que este realice la acción agresiva o justificadora de un estado de necesidad, no es más que un acto preparatorio.

No es más que un mero acto preparatorio del autor mediato, **porque la generación del riesgo jurídicamente desaprobado está en una lejanía tal del bien jurídico objeto del ataque que no legitima la defensa del mismo**. En el ejemplo del actor: mal podría obrar en estado de necesidad la víctima contra el actor que obraría en error si este jamás emplea el arma cargada, en razón de haberse suspendido la obra o de haberse extraviado el revólver.

Como se aprecia, no puede sostenerse que existe principio de ejecución del homicidio por la mera circunstancia de haber cargado el arma de utilería con munición verdadera si la obra es suspendida. Ello genera una paradoja, pues si el arma es utilizada por el actor-instrumento, la doctrina dominante dirá que estamos ante una verdadera ejecución delictiva, mas dicha doctrina no expone qué ocurre si el arma jamás se utiliza; de hecho, en general, no existen prácticamente tratados u obras en general donde se explique y fundamente debidamente el principio de ejecución cuando el instrumento no cumple con su aporte.

De esto concluimos que el comienzo de ejecución se determina en el influjo efectuado por el autor mediato en el instrumento, pero implícitamente condicionando a que el sujeto-instrumento efectúe su aporte; esto es, contando a priori con que el mismo realizará la acción, cuando en verdad esto podría no ocurrir.

El artículo 42 del Código Penal de la Nación argentina utiliza como fórmula de comienzo de ejecución en los casos de autoría mediata, el efectivo aporte del instrumento, por lo cual el influjo del autor mediato en el mismo no hace otra cosa más que a la mera preparación en el iter criminis, en razón de que el peligro para el bien jurídico objeto del ataque es de tal lejanía que no legitima a la defensa del mismo. En términos empleados por Roxin, por el mero influjo del autor en el instrumento no se cumple con la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Es la efectiva acción del hombre de adelante, del instrumento, la que marcará el comienzo de la tentativa, **puesto que habilita a la víctima para defender sus bienes jurídicos**, sea en caso de errores de tipo del instrumento (bajo los postulados del estado de necesidad) o sea, inclusive, en supuestos de agresión ilegítima del mismo instrumento (ausencia de libertad en el mismo)

La tesis analizada tiene una gran ventaja: Determina, concretamente, el punto inicial de la ejecución delictiva, identificándolo con la conducta del intermediario que habilita a la víctima a defender el bien jurídico puesto en crisis. No cabe duda alguna que dicha postura se muestra por demás respetuosa de la seguridad jurídica, pues condicionar la ejecución delictiva a una puesta en peligro tan inmediata que permita a la víctima ejercer su defensa logra evitar decisiones antojadizas y arbitrarias del magistrado de turno, pues éste no puede salirse del férreo marco hipotético ideado.

Por ejemplo, en el supuesto de la obra de teatro, parece evidente que cargar el arma con munición verdadera, de por sí, no habilita a la defensa del bien jurídico, lo cual se condiciona a que el actor, obrando en error, apunte contra la víctima; en el de la bomba que se activa con el accionar del interruptor de la luz, podría concebirse una tentativa no necesariamente en el momento de la colocación del artefacto, sino cuando la víctima se dispone a encender la luz.

Por ende cabe analizar si, soslayando la postura expuesta, la idea de identificar la ejecución delictiva con la puesta inmediata en peligro, en el sentido de la habilitación de defensa, no puede inclusive explicar una solución según el caso. La dificultad se basa aquí en que la víctima no podría defenderse contra su propio accionar; es decir, no podría concebirse una suerte de legítima defensa contra su propia conducta de activar la luz e, indirectamente, la bomba, pero es claro que el riesgo es inminente al momento de disponerse a activar el interruptor, por lo cual le bastaría en teoría, simplemente, con no accionar la luz y arbitrar los medios para desactivar el artefacto explosivo, lo cual implica, en cierta medida, una acción defensiva o de propia preservación, que tendría sin embargo que ser habilitada por un conocimiento previo, o un aviso proveniente del exterior, ya

que de otro modo no habría posibilidad alguna que la víctima se dé cuenta de la presencia del artefacto.

En ese sentido, si se pretendiera mantener en el ejemplo de la bomba la solución individual, la tesis analizada también serviría, pues el *peligro inminente* empleado por la doctrina se podría corresponder, en sí, con la necesidad de defensa propia de la víctima.

De una u otra forma, esta tesis, valiosa por demás, merece ser analizada y debatida profundamente por la doctrina, pues sienta postulados muy interesantes y, respetuosos tanto de las garantías constitucionales como de la seguridad jurídica.

1.1.3. *La perspectiva de Roxin frente al dilema*

Sucintamente Roxin es traido por las palabras de Crespo al decir que: "*Roxin sitúa el comienzo de la tentativa al término de la actividad del autor mediato cuando existe ya un peligro inmediato para el bien jurídico, pero al mismo tiempo, permite situarlo en un momento posterior si todavía no existe en ese momento un peligro directo*".

Roxin esgrime que "*aún cuando* (el autor mediato) *ha hecho todo lo necesario por su parte para la consumación del delito se mueve todavía en el marco de la preparación impune en tanto en cuanto: primero,* ***el objeto de la acción no esté todavía en peligro inminente****, y segundo,* ***el suceso permanezca en el ámbito de dominio de quien actúa y pueda ser parado en cualquier momento***".

De tal forma, la vieja fórmula de "soltar el hecho de su mano", con la corrección del peligro inminente permite, conforme se desprende de la deconstrucción roxiniana, mitigar los excesos de la solución individual, de la cual sería partícipe el mencionado tratadista.

Interesante es el ejemplo al cual acude Crespo, con cita de Alcácer Guirao, cuando expone: "*en el caso de la mujer que deja preparada una limonada envenenada a su marido sobre la mesa de la cocina para que éste se la tome, como hace cada día, cuando vuelva del trabajo, y se queda esperando hasta que éste vuelva, la tentativa no comenzaría hasta que el marido se siente*

en la mesa y se disponga a beber; pero si la mujer abandona el dominio del hecho en un momento anterior porque p.e se va de la vivienda tras dejar preparada la bebida, la tentativa comenzará en un momento anterior a la existencia de un peligro inmediato".

Ahora bien, si partimos, como acertadamente ha expuesto Mora, de la premisa de la necesidad de defensa por parte de la víctima, en cuyo caso se configuraría el principio de ejecución, no parece tan necesario invocar la pérdida del dominio causal, puesto que, de todos modos, el peligro inminente solamente se configura, en el ejemplo citado, a partir del momento en el cual el marido se dispone a beber la infusión envenenada.

Continuando con el mismo caso, si la mujer se retira y el marido, fortuitamente, no bebe la limonada, Roxin debería reconocer que no existió el *peligro inminente* que él muy bien invoca como corrector de la tesis individual, de manera que el admitir, de todos modos y en todos los casos, la tentativa, a partir de la suelta de las riendas del curso del suceso, desdibuja los límites y los torna borrosos, pues la solución del maestro de Múnich no termina por definirse ni por uno ni por otro baremo.

2. ARTICULACIÓN DE LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN LATINOAMÉRICA ¿ES POSIBLE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE ELLOS?

Ya decía Roxin "*el "dominio de la organización", desarrollado por mí como forma autónoma de autoría mediata, ha ido encontrando amplia acogida en la doctrina (…) incluso en el extranjero: en el proceso contra la junta militar argentina y en el caso del "rey felino" (BGHSt 35,353) donde se utilizó en pro del autor detrás del autor*".

2.1. Generalidades

Se da y debe admitirse otra modalidad del dominio mediato de las acciones caracterizada "*por la circunstancia de que el*

inspirador tiene a su disposición personal un "aparato" – generalmente organizado por el Estado– con cuya ayuda puede consumar sus delitos sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización". Esta concepción parte de la idea de que la autoría mediata no está limitada a una acción defectuosa del instrumento, sino que puede también darse frente a un actuar plenamente delictivo del intermediario.

A consecuencia de la matanza del pueblo judío por parte del régimen nazi, surge en Roxin el planteo de la tesis del "*dominio de la organización*" como forma autónoma de autoría mediata frente a la especial situación de aprovechamiento de aparatos de poder organizados u otras estructuras mafiosas de poder o criminalidad organizada.

Destaca Bacigalupo que tanto Roxin, como Stratenwerth, Samson y Schmidhäuser, consideran que se presenta autoría mediata en el caso del sujeto que, formando parte de una organización de poder, es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada.

Ello ocurre en las actuaciones de agentes de servicios secretos con orden de matar a un diplomático extranjero, o funcionarios de un Estado que pone en marcha en una etapa intermedia de realización un plan de exterminio o privación de libertad de un grupo de personas. El intermediario no obra, ni coaccionado ni por error; más dada la fácil fungibilidad de éste, que podría ser reemplazado por otro miembro de la organización, se admite la autoría mediata para los jerarcas del aparato de poder. Ello no priva de responsabilidad al autor inmediato, lo cual no es discutido.

Lo que sí resulta discutido en la doctrina es la solución a que se arriba en orden a la autoría en estos casos, ya que los opositores a la tesis de Roxin estiman que deben resolverse conforme a las reglas de la coautoría o de la inducción.

A esta última adhiere Gimbernat Ordeig, el cual encuentra evidente y justo que "*todos los que realizan actos ejecutivos respondan como autores*" porque demuestran "*una energía criminal mucho mayor que la que existe en el que se presta a ser un eslabón de la cadena que transmite la orden*", y que la actividad de aquéllos en quienes surgió la idea y la forma de

llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran, ha de ser calificada de inducción; en tanto los intermediarios de la orden deberán ser considerados cómplices.

Jakobs sostiene la tesis de la coautoría, como también Hirsch, que niega la autoría mediata ya que el ejecutor no puede, en virtud de la orden dictada, adoptar una "*decisión psíquicamente libre sobre su acción*", lo que resultaría "*cuando aparecen los presupuestos del estado de necesidad exculpante; si éstos no concurren, el autor inmediato es quien domina la realización de la acción y no quien le manda*", excluyéndose la autoría mediata y apareciendo la posibilidad de coautoría.

Para Roxin, "*la calificación de coautoría por parte de Jakobs se basa más en una concepción normativa del dominio del hecho, que entiende como responsabilidad jurídica y no como dominio real. Para él, la autoría mediata presupone que el sujeto agente esté jurídicamente supeditado; esto es, que sea en ese sentido no responsable o no plenamente responsable. Pero si es plenamente responsable no puede ser instrumento. Jakobs no niega la fungibilidad del ejecutor directo y la "automaticidad" de la ejecución de la orden de ella derivada; pero, a su juicio, se trata de un "dato naturalístico", sin mayor trascendencia. Dada una responsabilidad igual, sólo cabe plantearse la paridad por la vía de la coautoría*".

Asimismo Jescheck considera que, dado que el autor inmediato es plenamente responsable, y al no admitir la figura del "*autor detrás del autor*", el sujeto que está en la posición central de la organización es por ello mismo coautor.

Amerita el tratamiento que Roxin hace al distinguir tres formas de dominio del hecho que dan lugar a autoría:

a. **Dominio de la acción**, que da lugar a la autoría directa.
b. **Dominio del hecho funcional**, que da lugar a la coautoría.
c. **Dominio de la voluntad**, que da lugar a la autoría mediata.

Aquí se ubica lo que Roxin concibe como el dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas. Éste consiste en que el autor mediato tiene a su disposición una or-

ganización en la que sus órdenes serán siempre ejecutadas automáticamente. El hombre de detrás *"controla el resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. Aquél tiene en sentido literal de la palabra el "dominio", y por lo tanto es autor mediato"*.

Según Roxin, el dominio de la voluntad en "*aparatos organizados de poder*", se obtiene a partir de que el "*hombre de atrás*" o "*autor de la mesa de despacho*" es quien mantiene el dominio, no sólo desprendiéndose del uso de fuerza o del engaño, sino también ***dirigiendo la organización***, puesto que la estructura del aparato **garantiza** el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor inmediato; y si algún miembro de la organización se negara a ejecutar el delito, debido a la fungibilidad del ejecutor, podría sustituirse fácil e inmediatamente por otro, con lo que el delito de todas formas se ejecutaría. "*El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer*". Debe valorarse que lo central pasa a ser la "causa jurídica" en virtud de la cual una persona tiene las obligación de responder por los "outputs" que emanan de su ámbito o esfera de organización, ya sea a colación de su expresión corporal, en sentido arcaico, o bien de otras formas de expresión de sentido o significación.

Ampliando la síntesis arriba esbozada, de la profundización del análisis surge que en la autoría mediata aparece primeramente la idea de un sujeto instrumentalizado por otro o por un grupo de personas, es una estructura bifronte (un autor detrás de un ejecutor). La crisis deviene en el conflicto que genera la imputación penal al instrumento humano que en forma secreta actúa inserto en general en el error, coacción, inimputabilidad, etc.

La dogmatica científica ha analizado intensamente el tema advirtiendo que la actuación de un aparato organizado de poder presenta una gravedad que demuestra que sin soslayar el "instrumento", se debe atender especialmente en estos casos a

la superioridad contundente del llamado autor atrás del autor o el hombre de atrás, es decir quien conduce, guía, manda.

Roxin, sustentándose en los casos Staschynskij y Eichmann revela que el accionar de estos personajes estuvo motivado por una orden directa emanada del aparato organizado de poder donde las categorías comunes de la "participación" eran insuficientes para responsabilizar.

Expresa que la peculiaridad radica centralmente en el funcionamiento de un aparato de poder que está a disposición del autor mediato y que esta organización criminal funciona en forma independiente de la identidad variable de sus miembros, demostrando con toda evidencia que las ideas predominantes de coacción o de error no se ajustaban al ejecutor y por ende eran inexactas.

En este orden de ideas se configura un automatismo funcional que permite a quienes mandan dar órdenes que van a ser ejecutadas incondicionalmente por los autores inmediatos, éstas se cumplirán sin restricciones, y sin conocimiento de quien o quienes serán los ejecutores de la misma.

Roxin no sólo plantea su postura, sino que también confronta las críticas de otros autores y aporta razones para descartarlas.

Como uno de los elementos básicos señala que la calificación de autor mediato, en virtud del dominio sobre la organización, puede recaer sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el que pueda impartir órdenes al personal subordinado.

Así sienta su posición diciendo que "*un aparato estatal que actúa delictivamente es un prototipo de la criminalidad organizada, porque normalmente la organización del Estado en el ámbito dominado por el aparato se muestra como su más completa y efectiva forma*".

Los ejecutores directos, soldados u otros funcionarios, deben ser castigados como autores del delito cometido, aún cuando pudieren estar convencidos de la legitimidad de la orden emanada de la superioridad; pero serán también autores –mediatos– los que dieron las órdenes, "*porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores*".

En el "caso Eichmann" esboza este pensamiento, debía ser considerado autor mediato aun cuando los autores directos fueran igualmente responsables, porque éstos ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables y no pueden impedir que el "*hombre de atrás*" alcance el resultado, dado que, ante una eventual negativa, otro ocuparía inmediatamente su lugar.

Asimismo el Tribunal Supremo alemán en el juzgamiento de delitos cometidos por dirigentes de la denominada República Democrática alemana, declarara la responsabilidad como autores mediatos a los miembros del Consejo de Seguridad Nacional por las muertes de quienes intentaban cruzar el muro de Berlín, cometidas en forma directa por los soldados de frontera. En esta oportunidad dijo: "*Hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo cuando mediante estructuras de organización el hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares*"; aunque critica la utilización de una segunda fundamentación, atribuida por Roxin a Schroeder, que sostiene la autoría mediata, no obstante la responsabilidad del ejecutor, cuando el hombre de atrás se vale de la "*incondicionada disposición del autor directo para realizar el tipo*", que estima no necesaria porque aún en el caso de desobediencias aisladas la realización del tipo está asegurada por las condiciones de la organización, como asimismo en caso de "*incondicionada disposición*" de quien ofrece sus servicios para cometer un delito, quien acepta la oferta es únicamente inductor, pues quien se ofrece tendrá en sus manos la realización del tipo (al parcer, recientemente, el maestro de Múnich habría modificado esta objeción, al señalar, como característica del dominio de la organización, la especial predisposición del ejecutor para cometer el hecho).

Roxin reseña sus discrepancias con autores como Jakobs, Herzberg y Köhler y por otro lado las coincidencias de criterio con doctrinarios alemanes como Schroeder, Murmann, Jung, Gropp y Bloy.

a. **Jakobs**: para él la autoría mediata presupone la actuación del instrumento conforme a derecho, sea porque no es responsable o no lo es completamente al menos, pues si lo fuera no podría ser considerado un instrumento.

La fungibilidad del instrumento se trataría de un *dato naturalístico intrascendente,* dándose la misma responsabilidad para el autor mediato y el instrumento la cual solamente es posible por la vía de la coautoría, niega así al *autor detrás del autor responsable*.

Jakobs cuestiona duramente este criterio pues los ejecutores no son (ni fueron en los casos del nazismo) todos intercambiables en forma simultánea. La intercambiabilidad de uno por uno no es una especialidad propia de la participación. Además, otro problema es que no se sabría en que grado de la pirámide jerárquica de mandatos debe delimitarse o detenerse para focalizar la autoría mediata.[2]

No deja de lado en sus críticas al dominio superior de cualidad propia al decir que el que emite las órdenes y los que las ejecutan son jurídicamente de igual rango. El ejecutor jurídicamente no actúa de modo automático, sino que acepta dejarse dirigir por la orden manifiestamente incorrecta, cosa que no ocurre con el funcionario que obra en forma automática.

En vistas de lo expuesto, Roxin lo refuta pues cree que la coautoría presupone realización conjunta, y esta no concurre en estos casos por una serie de motivos; primeramente porque los intervinientes, el que ordena y el ejecutor, generalmente no se conocen, no deciden nada conjuntamente, ni se encuentran en el mismo nivel; es decir, no hay horizontalidad en la transmisión de la orden, sino verticalidad. En segundo lugar tampoco se da una ejecución común, elemento constitutivo de la coautoría. "*El burócrata no ejecuta nada por sí mismo, "no se ensucia las manos", sino que se sirve del órgano ejecutor*"; y finalmente la teoría de la coautoría elude las diferencias estructurales entre autoría mediata, la cual se da verticalmente, de arriba abajo, respecto del ejecutor, y coau-

[2] JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 21 y ss., nota 190.

toría, que está estructurada en forma horizontal (actividades equivalentes y simultáneas).

b. **Herzberg y Köhler** sostienen que sólo habría inducción por parte de quien ordena en los casos de actuaciones a través de aparatos organizados de poder: "*Hitler, Himmler y Honneecker responden de los homicidios que ellos ordenaron no como autores, sino como inductores*".

Por su parte Köhler expresa: "*En los casos de determinados "dominios de organización" es aplicable la inducción*". Ambos son coincidentes con Jakobs y sus opiniones. Según Roxin, descansan en una consideración puramente normativa del dominio del hecho, estimando que el dominio efectivo y el poder de mando del hombre de atrás son datos fácticos o naturalísticos intrascendentes.

En su crítica Roxin la rechaza la solución de la inducción, aún cuando esta pudiera ser más aceptable que la de la coautoría. Dice sobre esto que esgrimir que Hitler o Stalin solamente ordenaron los hechos, "*contradice los principios lógicos de la imputación desde una perspectiva social, histórica, pero también jurídica*"; pero si se pretende resolver conforme a la inducción, abandonando la teoría del dominio del hecho, se debe fundamentar la diferenciación entre autoría y participación según otros criterios, lo que no queda claro en Herzberg y en Köhler. Adiciona que la posición de quien ordena se diferencia de la de un inductor, porque éste debe buscar primero un autor, captar su voluntad y aún vencer sus resistencias; el "*burócrata*" sólo necesita dar la orden prescindiendo de la persuasión.

Tampoco puede compararse a Hitler y a otros dictadores con un simple inductor. La capacidad de dominio de aquellos así admitida "*provoca una simplificación normativa al prescindir de las forzosas diferencias materiales*".

Remata Roxin manifestando que no queda otra alternativa más que condenar como autor mediato al "*hombre de atrás*" que ordena en el ámbito de aparatos de poder organizados, entendiendo como tal, no sólo a la máxima jerarquía dentro de la organización, sino a todo aquel que en ella trasmita la instrucción delictiva con poder de mando autónomo, pudiendo

formarse de ese modo una cadena completa de autores mediatos. El hecho de que el ejecutor pueda hacer fracasar el delito, supuesto en el cual cabe admitir una autoría mediata intentada, no afecta esta postulación del mismo modo que sucede en los casos en que el instrumento del que se vale el autor mediato es inimputable u obra sin dolo.

Finalmente, el autor cree firmemente que es factible la extensión de toda su construcción a cualquier organización criminal. Sobre esta posibilidad, el Tribunal Supremo alemán ha dicho que "*la conexión espacial, temporal y jerárquica entre la cumbre de la organización responsable de la orden y el ejecutor inmediato, habla contra la coautoría con reparto de poderes*", siempre que se comprueben los presupuestos de autoría mediata sostenidos: intercambiabilidad del ejecutor y control automático que de ella se derive. La participación criminal es el único mecanismo del cual dispone un sujeto que no puede ser indicado como autor de un delito, para relacionarse o "conectarse" con el mismo. Esto importa que el partícipe sea alcanzado por una pena a raíz del acceso de su acción a otra, desplegada en forma dolosa por el autor o coautor de un delito.

Olásolo y Pérez Cépeda puntualizan con claridad meridiana que *"los partidarios de la tesis de la **Autoria Mediata** ponen de relieve que cuando los crímenes son cometidos a través de aparatos organizados de poder, los superiores e inferiores en verdad no conciertan ningún plan común, ni comparten el dominio en la ejecución de los delitos debido a que la organización posee su propia autonomía, y los subordinados meramente implementan automáticámente las órdenes de sus superiores. En cambio, los partidarios de la tesis de la **Coautoría** enfatizan que los superiores no ejercen en verdad un completo dominio sobre la perpretación de los delitos debido a que la decisión final sobre la comisión descansa siempre en aquellos subordinados que libremente y con conocimiento optan por unirse al plan de sus superiores mediante el cumplimiento de sus órdenes. Como consecuencia, los superiores comparten con los subordinados el dominio sobre la ejecución de los delitos, particularmente cuando su participación continúa durante la ejecución de las órdenes criminales"*.

Veamos algunos casos representativos que merecen mención en los que esta estructura organizacional del poder está presente:

1. En Alemania, el Tribunal Supremo alemán, en materia de responsabilidad por el producto, entendió que la omisión de control, por parte del jefe de una sociedad de responsabilidad limitada, de la distribución del producto peligroso a cargo de los dependientes y minoristas, quienes a su vez tenían pleno conocimiento del carácter peligroso del producto entregado, que ocasionara lesiones a terceros, hacía responsable como autor mediato a aquél, por las lesiones causadas (BGHSt. 37,106); igualmente condenó a un intendente por contaminación dolosa de aguas, por haber omitido avisarle a los propietarios de los terrenos la prohibición de arrojar aguas servidas en el sistema de canalización (BGHSt. 38, 325).

2. Caso "Eichmann": Adolf Eichmann (1906-1962) se desempeñó como director del Departamento Central para la Emigración Judía durante el régimen de la Alemania nazi desde el que se ordenó la detención y matanza de miles de judíos en las cámaras de gas. Fue detenido por los aliados al terminar la Segunda Guerra Mundial; logró escapar para después ser capturado por los servicios secretos israelíes en Argentina, donde había permanecido desde 1950 con el nombre de Ricardo Klement. Finalmente fue juzgado en Jerusalén, condenado a muerte y ejecutado.[3]

3. Caso "Staschynskij": Sentenciado por el Tribunal Supremo alemán en 1962, se trataba del agente de un servicio secreto extranjero que, según su propia confesión, por encargo de dicho servicio mató a dos ex políticos de la República Federal Alemana, hecho que cometió de propia mano con una pistola de veneno y sin ser coaccionado. El tribunal lo condenó sólo

[3] Aquí la categoría de autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, se concibió como modalidad diferente a la coacción o engaño del ejecutor. Adolf Eichmann había participado en la puesta en práctica de la "Solución Final". Invocó ser sólo una pieza de un aparato. En 1961, la Corte de Distrito de Jerusalén lo condenó y así plasmó la idea de un dominio por organización de varios niveles.

por complicidad en el asesinato, considerando autores a los superiores que impartieron la orden.

4. Jurisprudencia argentina: se puede citar el caso de las Juntas Militares del Proceso de Reorganización Nacional argentino, juzgados por la Cámara Federal del Crimen en 1985, desde la Fiscalía ejercida por el Dr. Strassera.

La sentencia del órgano juzgador, fundamentó la autoría mediata de los comandantes en su "*dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados*" invocando la posición de Roxin, a quien había consultado expresamente de antemano. Aún así, la Corte Suprema en última decisión, en fallo dividido, concluyó que debían responder como partícipes primarios en los términos del artículo 45 del Código Penal Argentino.

5. Jurisprudencia colombiana: ha aludido al concepto de autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder en las sentencias de 2007 pronunciadas en "Machuca" (Caso Nº 23825), "Yamid Amat" (Caso Nº 25974) y "Gabarra" (Caso Nº 24448), dictadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana.

En el fallo señero "Machuca", sin identificar a los ejecutores del hecho, la Corte condenó a los acusados (siete miembros del Comando Central de la Organización del Ejército de Liberación Nacional) como coautores que pertenecían a una organización o empresa criminal conjunta y jerárquicamente, que actuaba fuera de la ley.

Lo trascendente es que el Tribunal mantuvo una visión tradicional en torno a la distinción entre la instigación (autoría intelectual), autoría mediata y coautoría (autoría material impropia).

El criterio rector que pesaba sobre la Corte Suprema colombiana al conceptualizar al instigador se refería a la persona que a través de la inducción, mandato, instigación, consejo, coerción, orden, acuerdo o cualquier otro medio viable, se asegura la comisión del delito mediante otra persona que es penalmente responsable como autor directo del hecho punible. Así el concepto de instigación requiere un tipo de comunicación entre el instigador y el ejecutor material, que permite a éste

último decidir, incluso si se trata de una situación precaria, si en efecto llevará a cabo el delito propuesto por el instigador. La decisión final acerca de la ejecución no es tomada por el instigador, sino por los ejecutores materiales.

De esta forma, la distinción concreta según la Corte colombiana entre la instigación y la autoría mediata reside en que ésta última requiere que los ejecutores no estén en posición de decidir si cometen o no el hecho dado que sus roles como ejecutores materiales han sido impuesto por el autor mediato y no son enteramente conscientes de la real dimensión de sus roles.

Más allá de las objeciones que pueden formularse a esta posición debe admitirse el esfuerzo intelectual para poder resolver cuestiones tan diversas como la inmensa concepción de la coautoría donde, a nuestro juicio, los dos más grandes juristas colombianos y porque no decirlo de los más grandes de Latinoamerica: Alfonso Reyes Echandía y Juan Fernández Carrasquilla, discutían incipientemente allá por los años ochenta, si la "coautoría era impropia o propia" cuando en el hecho punible los agentes comunitariamente concurrían en división de trabajo.

Formulada esta digresión, retomamos la idea de la Corte colombiana en materia de coautoría, que requiere pluralidad de personas, que actuando de manera concertada, lleven a cabo un plan criminal común según el principio de división de funciones. No será necesario que presten los coautores ningún acuerdo previo mientras pueda probarse que se prestó al momento del hecho (en fase ejecutiva) su contribución, aunque esta colaboración no sea esencial. Si colaboró en fase de ejecución se convierte automáticamente en coautor. La doctrina colombiana se ha encargado extensamente del tema.

La negativa a aplicar el concepto de autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder se quebró con el caso conocido como "Frente Héroes de los Montes de María" donde fue condenado por "concierto para delinquir", el ex senador García Romero como coautor miembro de una organización criminal. García Romero fue condenado como autor mediato de la llamada masacre de "Macayepo" (homicidio multitudinario ocurrido en octubre de 2000), en base a lo siguiente:

Tenía el control sobre el grupo paramilitar; la masacre fue una actividad regular del grupo que cofundó, apoyó y subvencionó, y finalmente "contribuyó al éxito" de la operación. En otro orden, por el asesinato de Georgina Narváez fue condenado como "instigador".

6. Jurisprudencia del Perú: en la causa seguida contra "Abimael Guzmán Reynoso" (13 de octubre de 2006), aplicó por primera vez el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder (Sentencia Nº 560-03). Para la Sala Penal Nacional de este país, el Comité Central y la dirección de la organización, denominada popularmente "Sendero Luminoso", tenían el control final sobre los actos de la organización. La Corte dejó bien en claro que la definición de autor que contenía el artículo 100 del Código Penal Peruano de 1924 no excluía el concepto, aclarando que en la reforma de 1991 se define a los autores como aquellas personas que cometen el delito de manera individual, a través de otro o junto con otros, lo que de suyo parece ser tomado como un calco de lo que venía pregonando Roxin desde la década de los años 70. En esa dirección, la Corte abonó la tesis que el criterio de autoría mediata para los aparatos organizados de poder no estuvo sólo al amparo de organizaciones gubernamentales, sino que se extienden a organizaciones que operan fuera de la ley o sin subvenciones estatales.

El peso de la "fungibilidad" llevó a la Corte a inclinarse definitivamente por la "autoría mediata". Villa Stein entendió que este concepto no era aplicable al caso pues la organización en ocasiones poseía una organización horizontal. Así ningún miembro tenía dominio sobre las actividades criminales de la organización. El dominio era compartido por todos actuando de manera coordinada en división de funciones, por lo que se inclinó por el criterio de coautoría que se sustenta en el dominio conjunto. El voto llevó opiniones encontradas.

La sentencia que condenó al ex Presidente constitucional de la República peruana, Alberto Fujimori Fujimori (Expediente Nº AV 19-2001-acumulado, del 07 de abril de 2009, en los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE), aplica la idea

de la autoría mediata precisamente por cumplir los requisitos de esa teoría. La Corte Suprema de Justicia del Perú en el año 2010 ratificó el pronunciamiento de la Sala Penal Especial, lo que de suyo fue una sentencia ejemplificativa y necesaria para la paz social y la justicia en un país latinoamericano que había sido asolado por los actos de lesa humanidad de un dictador y su régimen nefasto.

2.2. Requisitos sustanciales

Consideraremos los presupuestos que regularmente son admitidos para la existencia del dominio de la organización como así también las objeciones realizadas por la doctrina.

2.3. Intercambiabilidad o fungibilidad del autor directo

Los defensores de la tesis afirman que la individualidad del ejecutor, es te caso, no juega ningún papel relevante, pues se presenta como una *figura anónima y sustituible*. Los subordinados son concebidos como piezas perfectamente fungibles o reemplazables dentro del sistema organizativo, dando *certeza* de que la orden impartida desde los escalafones superiores será cumplida con *seguridad*, pues ante la negativa del intermediario de cumplir con la comisión delictual encargada, este será, indefectiblemente sustituido por otro miembro de la organización, el cual ejecutará la orden.

De tal modo, el dominio de la acción por el ejecutor resulta un fenómeno; en cierta medida, independiente del poder del autor mediato, pues este, más bien, se vale del aparato de poder como instrumento, el cual está integrado por una vasta cantidad de ejecutores disponibles, radicando allí el dominio de la organización, configurándose por tanto el paradigma del *autor detrás del autor*.

Dicha intercambiabilidad puede flaquear cuando se la analiza en el caso concreto, independientemente de la contradicción

que lo críticos hallan en cuanto a la incompatibilidad lógica entre las circunstancias de considerar fungible al ejecutor, pero simultáneamente plenamente responsable desde el punto de vista individual. Es contundente el ejemplo del guardián del muro que deja escapar al prisionero, violando la orden de asesinar: en el momento del escape, dicho guardián no habría podido ser reemplazado por otro que no se niegue a ejecutar al prisionero. Carlos Gómez-Jara Diez, con cita de Murmann y Herzberg dice: "*el ejecutor del hecho, fácticamente, no puede ser intercambiado en cualquier momento con respecto al hecho concreto*".

Frente a esta refutación, Roxin ejemplifica con el caso en el cual se envía a un incapaz psíquico a cometer el hecho, pero éste no lo ejecuta por distracción y contesta que como en cualquier forma de autoría, la ejecución no supone un éxito garantizado, resultando factible la configuración de una mera tentativa.

Sin perjuicio de su respuesta, muchos consideran que con dicho argumento, se derrumba la *certeza* que requeriría el maestro alemán en su formulación original del dominio de la organización, pues se transforma en una mera probabilidad de producción del resultado.

El maestro Kai Ambos, ha explorado el universo de la autoría en profundidad y entiende que Herzberg coincide plenamente con la idea de fungibilidad de Claus Roxin, donde la libertad de decisión de quienes reciben la orden no afecta al dominio del hecho de los miembros de atrás.

Aún así, el autor cuestiona la teoría de los aparatos organizados de poder sosteniendo que hay que castigar al hombre de atrás como inductor y que el auténtico instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, al aparato, que sigue funcionando sin dificultades aunque el individuo se niegue a intervenir.

Frente a esto Herzberg objeta y utiliza ejemplos pre aludidos que se corresponden con casos clásicos de autoría mediata; pero que nada tiene que ver con el supuesto donde el hombre de adelante actúa en forma plenamente responsable, como en la hipótesis del guardián del muro. Ante ello, Roxin alega la

distinción entre el *caso concreto* y el *caso normal*, especificando el eminente maestro germano que el automatismo del aparato no precisa verificarse en cada supuesto, sino en las hipótesis comunes u ordinarias. Claro que esta matización de Roxin elimina la *certeza* de que la orden será cumplida, reemplazándola por una mera *probabilidad*, por lo que la fungibilidad no aparece como un presupuesto demasiado fiable para caracterizar esta forma de autoría. Sin embargo recientemente el eminente jurista germano ha expresado que, en todo caso, cabría preguntarse si ocurrió alguna vez, con los tiradores del muro, que haya logrado escapar un fugitivo, a lo que, en tal hipótesis, debe atribuirse a un fallo de la organización del aparato, el cual suele presentar sistemas de vigilancia recíproca entre sus integrantes, lo que aseguraría suficientemente su automatización, por lo que los escapes resultarían ser supuestos aislados.

Otra de las críticas principales realizadas a este requerimiento radica en que la fungibilidad no sería privativa de los escalafones inferiores en la cadena de mando, esta misma intercambiabilidad debería aceptarse en la cúspide jerárquica de la organización, pues si estos encumbrados jerarcas se negaran a cumplir con la misión del aparato de poder, deberían ser reemplazados por otros que estén dispuestos a dictar las ordenes.

Por último, Roxin entiende en cuanto a la *esencialmente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor*, en el sentido de que el autor directo obra con una motivación especial que trasciende de lo que resultaría de un delito cometido por fuera del aparato de poder, que no se trata de un presupuesto autónomo configurador del dominio de la organización, sino de un aspecto que se deriva de los tres clásicos requerimientos exigidos: *fungibilidad, apartamiento del Derecho y poder de mando*, pues la jerarquización se muestra como un aspecto que favorece la disponibilidad ejecutiva, al igual que, si bien no constituye una coacción per se, persuade al ejecutor a comisionar el delito, pues podría sufrir indeseables consecuencias ante su negativa, máxime teniendo presente que otros cometerán el hecho de todos modos.

2.4. Orden en la organización

Roxin señala varias características de la modalidad delictiva organizada, una de ellas es que se produce una cierta aminoración del control en la cercanía del hecho concreto, pero la cual se ve compensada a raíz de la mayor capacidad de dominio sobre el aparato de poder, lo cual facilita una mayor jerarquía dentro de la cadena de mando. Al mismo tiempo se encarga de deslindar responsabilidades, puesto que una interpretación desmesuradamente extensiva del concepto abarcaría a cualquier dependiente que tome contacto, aunque sea ocasional, con una orden delictiva. De tal forma, si lo que hacen estos sujetos es procesar burocráticamente las órdenes de sus superiores, en todo caso se configurará una complicidad fundada en el conocimiento de la situación; pero no una autoría mediata, por no existir poder de mando ni ejecución de propia mano.

Otro de sus caracteres es que la modalidad organizativa está basada en escalafones de autoridad que permiten una construcción jerárquica que otorga *poder de mando* al autor mediato, en ella las órdenes transiten por dichos escalafones sin ser cuestionadas por los mismos, configurando el mayor grado de certeza o probabilidad que sea posible, de que éstas serán cumplidas.

En vistas de esto los defensores de la tesis expresan que todos aquellos que participan de la *cadena de mando*¸ basada en la jerarquía, resultan ser autores mediatos, no solamente los integrantes de la máxima cúpula. En tal inteligencia, resulta ser autor mediato todo aquél que está posicionado jerárquicamente, de tal forma que puede dar órdenes a los subordinados, con la finalidad que ejecuten los delitos planificados por la organización.

3. EL ALEJAMIENTO DE LA NORMA

Como requisito configurador del dominio de la organización no es de unánime aceptación, pues un sector de la doctrina no lo considera necesario, a pesar de que favorece la efectiviza-

ción del dominio (Gómez-Jara Diez), pues el alejamiento de las normas positivas incrementa las chances de que la orden ilícita sea cumplida.

Así lo cree Ambos que distingue entre aparatos de poder no estatales y estatales. En los primeros puede producirse una *relación simbiótica* con el Estado, de forma que, contrariamente de constatarse un distanciamiento del Derecho, constituye un elemento del mismo, como organización para-estatal. Como crítica a estos postulados podemos decir que incorrecta e indebidamente se produce una identificación entre Estado y Derecho, pues la actuación estatal delictiva conforme a las normas jurídicas jamás podría considerarse como una "*actuación en el marco del Derecho*". El aparato estatal, en el caso de cooperar o asociarse con la organización para-estatal, en modo alguno permite afirmar que actúa al amparo del Derecho positivo pues ello equivaldría a decir que el terrorismo, cuando cuenta con apoyo estatal, está tutelado por el derecho, siendo que la norma positiva no podría permitir, jamás, semejante aberración. Una norma que tutele terroristas no es expresión del Derecho, sino del poder estatal ejercido arbitrariamente y, por ende, ilegítimamente. No podrá argüirse entonces que la organización terrorista recibe apoyo del poder estatal; pero no del marco jurídico formal y material de éste, pues ello plantearía un oxímoron, una flagrante contradicción de los términos.

Para Roxin, se configura una instigación, pero no una autoría mediata pues sin dicha desvinculación normativa, "*la ordenación de acciones punibles no tiene el efecto de fundamentar una autoría puesto que las leyes tienen un valor de rango mayor*",

Gómez-Jara Diez justifica la desvinculación pues el derecho no tiene el efecto presumido o esperable en los miembros de la organización ya que ellos no actuarán en base a tales reglas del plexo jurídico.

De la discusión acerca del grado que debe ostentar ese apartamiento de las normas jurídicas, surge inicialmente la concepción de que la organización debe actuar "*fuera del ordenamiento jurídico*"; es decir, con un total alejamiento del

mismo, lo cual provoca el inconveniente de resultar imposible el invocar el dominio de la organización.

Por ejemplo, en el caso de la actuación del Concejo de Defensa de la Alemania nazi, resultaría imposible acusar la autoría mediata del "*delincuente de escritorio*" cuando éste obre en el marco de un organismo estatal, el cual cuenta con un respaldo organizativo y normativo (crítica de Herzberg y Muñoz Conde). Sin perjuicio de ello, reiteramos que se confunden los términos "Derecho" y "Estado", fusionándolos indebidamente cuando, en realidad, el *autor de escritorio* abusa arbitrariamente del poder de mando que le confiere el Estado al cual invoca en sus decisiones, utilizándolo en provecho personal o de grupo; mas ello no significa que los delitos ejecutados sean admitidos, válidamente, por el derecho positivo. Afirmar lo contrario implicaría que el holocausto fue una expresión del Derecho alemán cuando, en sí, fue la manifestación del Estado conducido en forma ilegítima.

Ante las críticas formuladas, Roxin retoma lo dicho y atenua el argumento de validez del apartamiento del Derecho, refiriendo que basta con que la organización considere suficiente la realización de tipos concretos del digesto penal, en forma desvinculada del resto del ordenamiento jurídico, comisionándose hechos delictivos puntuales y no manifestándose en ámbitos de actuación globales.

En cuanto al carácter de la desvinculación, la misma debe ser valorada conforme a las concepciones del actual régimen jurídico dejando de lado la opinión de quienes integraban el anterior sistema. Por ejemplo, con relación a los homicidios del muro de Berlín, poca trascendencia tendrá la valoración realizada por la República Democrática alemana sobre su legitimidad en aquél entonces, pues dichos hechos deben evaluarse conforme a las actuales concepciones jurídicas.

Aquí Roxin ratifica la actuación al margen del Derecho, al realizarse la distinción entre las concepciones o valoraciones del actual sistema jurídico y del imperante en el momento del auge del aparato de poder organizado,

Sin dudas toda normativa eventualmente respaldatoria de dichas ejecuciones implica manifestaciones del aparato de poder

y no del orden jurídico, por ser producto de un poder "disfrazado de derecho". Como nota de esta arbitrariedad resultarían actos de terrorismo de Estado, con la desvirtuación respectiva de las finalidades del mismo para con la sociedad sobre la cual se levanta el mismo Estado, pero nunca derecho.

En virtud de lo visto algunos concluirán sin hesitar que el apartamiento del ordenamiento jurídico constituye un requisito del dominio de la organización.

3.1. Posición de la doctrina en Latinoamérica

Percy García Cavero califica de "formulación artificiosa" a la teoría de los aparatos organizados de poder, refiriendo que no resulta ésta menester para poder imputarle responsabilidad, por el hecho de los ejecutores, a los autores de escritorio. Como respuesta, postula el criterio de la coautoría, pues los ejecutores aportan al materializar de propia mano, mientras que los jefes contribuyen con la decisión, relativizando como objeción la "no realización del aporte en la ejecución", observación que tradicionalmente se le realiza a esta tesis.

Aporta, no desde la concepción finalista de la coautoría, la cual considera de base naturalista, sino a partir de una visión normativa, basada en el sentido social del hecho, a partir de la cual la participación en la etapa ejecutiva no resultaría esencial. Claro que el destacado profesor de la Universidad de Piura parte de una noción de autor compatible con el funcionalismo sistémico, en donde todos los sujetos que actúan en un contexto delictivo serán competentes por el delito, sin importar el punto temporal de realización del aporte. Si tomamos como ejemplo al jefe de una guerrilla; este planifica el secuestro, y pese a no intervenir en la ejecución, es autor.

Bacigalupo, asimismo, luego de citar a Roxin, Stratenwerth, Samson y Schmidhäuser, considera que se configura una autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada, remarcando la "*fácil fungibilidad del sujeto, que podría ser reemplazado en el trámite por otro*

cualquiera, se admite la autoría mediata para los miembros superiores del aparato de poder".

Zaffaroni, Alagia y Slokar, luego de reseñar las características de la tesis roxiniana, se muestran escépticos con la misma, al concluir que: "*en rigor, no se observan las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas porque es una cuestión de hecho determinar si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria. La fungibilidad de los ejecutores no indica nunca que su aporte no sea necesario, incluso sin apelar a esta tesis. Además, es menester evitar el riesgo de devaluar la intervención de los ejecutores y facilitar ciertas soluciones políticas poco deseables*". Los tratadistas no descartan, de plano, la configuración de una coautoría, ya que afirmar que podría existir co-dominio funcional del hecho entre los ejecutores y los autores de escritorio, los primeros por el dominio funcional, los últimos por el dominio de la decisión.

En el caso de ausencia de dominio del comitente (hombre de atrás), tampoco se descarta una complicidad primaria de éste. En cuanto a la fungibilidad de los autores directos, también se logran observar objeciones, fundamentalmente orientadas a la relativización del papel de éstos en el hecho, pues como señalan los juristas, "*el determinado no opera como una persona individual, sino como un engranaje mecánico*", lo cual lleva a la distorsión de los contornos de la intervención delictiva, lo que se constataría, por esa pérdida de protagonismo del ejecutor, todo lo cual desemboca en "*ciertas soluciones políticas poco deseables*".

Villavicencio Terreros, luego de analizar los presupuestos y características generales del instituto en tratamiento, concluye, coincidiendo con las opiniones de Jescheck y Weigend a quienes cita, que si bien resulta por demás sugestiva la construcción dogmática de los aparatos organizados de poder, "*la figura de la autoría mediata no puede utilizarse sin límites, pues cuando el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata*",

La conclusión a la que arriba a pesar de no ser extensa, es terminante, de lo cual puede deducirse que no admitiría la

autoría mediata por dominio de la organización, puesto que el hombre de adelante, por esencia, actúa en forma penalmente responsable, ya que ejecuta la orden delictiva del autor de escritorio.

Luis Miguel Bramont-Arias Torres, coincide, pues considera que la circunstancia de actuar el intermediario en forma plenamente responsable, aunque como eslabón de una cadena de mando, resulta por demás debatible. Para él la esencia de la autoría mediata consiste en valerse de un instrumento, lo cual no se verifica cuando el ejecutor obra con plena responsabilidad criminal, siendo, en todo caso, un supuesto de coautoría.

El autor hace foco en la calidad subjetiva del hombre de adelante más que en el dominio del aparato de poder organizado, el cual obrando en forma libre, debe responder individualmente; pero no instrumentalmente.

Fernando Villamor Lucia, destacado jurista boliviano citando a Muñoz Conde, subraya que "*la explicación de Roxin sobre el autor detrás del autor en casos de gobiernos dictatoriales totalitarios es coherente(…) sin embargo (…) en el caso de las organizaciones criminales o de grupos terroristas, sus miembros funcionan como un verdadero ejército y los ejecutores resultan ser instrumentos anónimos intercambiables y sustituibles por otros por lo que se afirma que no solamente cabe una coautoría ejecutiva, total o parcial sino también otras formas de realización conjunta en las que muchas veces* ***no están presentes en la ejecución del hecho muchos de los coautores*** *y por ello se afirma que si el fundamento de la coautoría es el dominio del hecho,* ***lo importante no es ya solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga de la realización del mismo, aunque no intervenga en su ejecución estrictamente considerada***".

En tal sentido, la atención ya no está puesta únicamente en el dominio materializado en el momento de la ejecución, pues el análisis del control del hecho trasciende la cuestión meramente temporal para situarse, más bien, en lo estrictamente funcional, sin perjuicio de que dicha funcionalidad se constate en la etapa preparatoria. Así, el Jefe de una guerrilla, reuniendo las carac-

terísticas de un aparato de poder organizado no estatal, puede planificar meticulosamente el secuestro de ciertos funcionarios gubernamentales con el finalidad de extorsionar políticamente a los encargados de administrar el país en el cual ejecutan sus crímenes. Sin embargo, dicho líder rebelde no precisa intervenir personalmente durante la propia ejecución del secuestro, su aporte, que es sin dudas esencial, se materializa en la etapa preparatoria, más precisamente, en la propia planificación del iter criminis, pero, nadie podrá dudar de que se trata de un auténtico autor mediato. Pueden discutirse las denominaciones, mas no podrá dudarse de que el líder guerrillero domina el suceso, aun a la distancia y con su mera planificación.

Los subordinados, por su parte, afrontan distintas actividades, algunas en la preparación (ej.: infiltrarse en el gobierno, obtener información, vigilar los objetivos, constatar horarios de salidas y entradas, etc.), mientras que otros podrían actuar en la propia ejecución planificada por el líder. Una guerrilla es sin dudas un aparato de poder y teniendo en cuenta sus vastas dimensiones, no solamente actúa fuera del marco del Derecho y se encuentra organizada jerárquicamente, sino que también los subordinados o ejecutores directos resultan ser fungibles, pues estas organizaciones, como atinadamente ha dicho Roxin, generalmente toman precauciones para evitar desobediencias o deserciones, existiendo un alto margen de seguridad de que las órdenes serán cumplidas cabalmente.

Javier Villa Stein hace hincapié en que, en los supuestos ya citados del jefe terrorista, la situación de este último no queda resuelta, si se parte de la premisa de una incompatibilidad entre autoría mediata y ejecutor responsable. Resalta la opinión de Roxin y Stratenwerth, remarcando la característica de la fungibilidad del intermediario, exponiendo que, en tal caso, *no ofrece ninguna dificultad el considerar autor inmediato al ejecutor*, citando el criterio de Jescheck, que concibe una coautoría.

Sin duda en la obra citada el profesor de la Universidad Mayor de San Marcos no ha podido resolver el punto medular de la tesis del dominio de la organización, que es, precisamente, la situación del hombre de atrás, de manera que deja pendiente la toma de posición en el punto más trascendente.

3.2. La postura que sustentamos

Se puede adherir a la tesis del dominio de la organización, no sin antes destacar algunos puntos. Uno de ellos es que la fenomenología de los aparatos organizados de poder es profusa, confusa y difusa. Su complejidad ha generado un grado de polémica que se conserva hoy en día, no obstante, la solución resulta aceptable dada la perversidad de los mandantes y ejecutores, lo arcano de sus movimientos y la sofisticación utilizada a través de un vasto proceso marcado por la impunidad.

Otra cuestión refiere a las nociones de fungibilidad, apartamiento del Derecho y jerarquización que resultan ser componentes más bien descriptivos del aparato de poder, a modo de visualización del fenómeno.

Si bien el punto de partida es Roxin, deberían realizarse algunas matizaciones en la construcción, fundamentalmente en torno a la discutible pluralidad de autores mediatos; lo cierto es que existe un reparto de funciones criminales, difusas, pero existe.

Claro está que existirá un estamento ejecutor del aparato, en el cual intervendrán los denominados *intermediarios*, realizadores directos del plan, en definitiva, los autores individuales o directos. La eventual fungibilidad de los mismos no altera la responsabilidad individual por cada plan concretizado, por cada secuestro, homicidio o desaparición forzada llevada a la praxis.

La tesis de Roxin presenta un déficit en el sector **intermedio** entre el estamento dirigencial o decisor y el ejecutor, pues esta fase es mayormente **comunicacional de las decisiones de la cúpula superior**.

Si la autoría mediata del delincuente de escritorio se basa, en términos de Roxin, en apretar un botón que todo resuelve, cabe precisar si absolutamente todos los integrantes del aparato de poder efectivamente lo tienen a disposición para reactivarlo o detenerlo.

La concreción del holocausto judío: ¿fue la realización de un único plan genocida, o la comisión de una multiplicidad de homicidios; es decir, de hechos independientes los unos de los otros? La respuesta es de difícil tratamiento.

Indudablemente puede desdoblarse el análisis, ya que desde cada hecho individual, el mismo acaece en momentos independientes y obedece a órdenes separadas temporalmente; mas desde el punto de vista del propio aparato, esa individualidad no obsta a que cada hecho es, en sí mismo, la concreción escalonada del objetivo final de la organización criminal. Cada judío masacrado en los campos de concentración respondía a una decisión tomada en un contexto decisional mucho más amplio y que siempre respondió al aparato del nacionalsocialismo.

Frente a este estado de cosas, podríamos replantear la exposición a instancias de Gimbernat Ordeig: "*la tesis de Roxin y Peters de que autor lo es ya quien en cualquier posición del aparato recibe la orden y ordena a su vez que se asesine a un determinado número de personas, no convence. Concretizando la tesis rechazada en un ejemplo: según ella, es autor de la muerte de miles de personas el que, en su despacho, recibe la orden, descuelga el teléfono y ordena al comandante del campo de concentración que se asesine en las cámaras de gas a tales y tales judíos. ¿Es realmente autor este miembro intermedio?, él, que no ha creado, ni propagado la ideología que ha hecho posible la matanza; él, al que no se le ha ocurrido la idea del exterminio, sino que la ha encontrado ya ahí, dada; él, que tampoco ha creado el aparato, él, que no ha sido fuente de la orden, sino solo su conducto; él, que no lleva a cabo personalmente el hecho material de causar la muerte. ¿Es éste realmente su hecho, tiene el dominio sobre él?, ¿no es, más bien, un mero colaborador de un hecho que no es suyo, sino de otros, en un hecho sobre el que no tiene ninguna clase de dominio?*".

La autoría fundada en el dominio de la organización se justifica a través de los miembros de la cúpula dirigente, estos efectivamente tienen el *sí* y el *cómo* de la decisión, pues la orden es **creada** en dicho estadio, pero no es así en la fase intermedia del aparato, que sólo se limita a **transmitirla**, como bien remarca Gimbernat Ordeig. El jurista aporta como ejemplo el del sujeto que le dice al comandante que ejecute al grupo de judíos, en rigor de verdad, traslada una orden ya tomada con anterioridad, pero no genera una nueva. Es un cómplice primario, pero no un autor mediato.

Si cupiere endilgar una mínima objeción al criterio de Roxin y del sector de la doctrina que sigue su línea de pensamiento (Bustos Ramírez, Stratenwerth, Sammarco, Ambos, Donna, entre tantos otros), sería justamente no apreciar este fino detalle de la creación y traslación de órdenes ya tomadas. El poder de mando, en realidad, finaliza concentrándose en la cúpula decisional, pero no así en la intermedia, que obra a modo de cable conector entre dos polos de un dispositivo.

Roxin ha intentado tamizar esta objeción que se le formula en que "todos los de la línea de transmisión de la orden" son autores mediatos, aclarando que quienes intervienen en el proceso burocrático y, ocasionalmente, toman conocimiento de una orden delictiva y la comunican, sólo son cómplices. Esa participación aludida no tiene aclaración ni sustento directo en un desarrollo funcional de autoría por lo que esta merma en la postura acrecienta aun más lo que venimos sosteniendo: excesiva complejidad teórica.

Sin perjuicio de esto, desde una perspectiva general, adherimos a las críticas de Roxin y nos parecen acertados los reparos a una solución por medio de la tesis de la coautoría, puesto que el organizador y el ejecutor no adoptan una decisión común, lo cual se acredita con la dependencia de la obra del ejecutor con respecto a la previa orden del autor de escritorio. Así, no podría sostenerse, entendemos, una coautoría por dominio funcional del hecho (ejecutor) y un dominio sobre la decisión del mismo (organizador), ya que el intermediario no tiene ningún poder decisional sobre la orden que le viene impuesta directamente a través de la jerarquización. De tal modo, no existe un acuerdo común, sino sólo el cumplimiento de la ejecución conforme al rol ocupado en el aparato de poder por parte del subordinado.

En este punto haremos un paréntesis para focalizar el análisis en el garante del bien jurídico protegido. El garante será responsable de no haber evitado el resultado de un delito no sólo por haber infringido un deber formal, sino cuando además haya tenido la capacidad de acción y el poder real de evitarlo. Este punto de vista ha sido formulado afirmando como principio de la imputación que la omisión de evitar un resultado, es equivalente a la acción de producirlo cuando el omitente disponga de

"un poder de dominio sobre la causa del resultado". Asimismo se indica, a tales efectos, que "*el deber de garante se conecta con un momento real, consistente en asumir el dominio sobre una 'fuente de riesgos personales' de aquellos que están bajo la supervisión*" del omitente.

No existirían razones de fuerza para quitar la calidad de autores a los miembros de la cúpula decisional del aparato de poder, pues la fórmula de la *determinación* en ningún momento excluye expresamente la posibilidad de determinar, empleando para ello a la organización, a quien comete un delito, de manera que no existe razón legislativa para circunscribir únicamente dicha fórmula a la instigación y a los casos clásicos de autoría mediata. Zaffaroni reconoce esta posibilidad pues, a pesar de su ya citada opinión personal dice: "*Si bien no habría dificultad para compatibilizar esta tesis con el texto legal argentino, puesto que* ***no cabe duda de que el comitente es un determinador*** *y su posición es bastante distinta, la diferencia estribaría en que si se lo considera autor mediato, habrá tentativa desde que comienza a dar la orden, en tanto que si se lo considera instigador, recién será punible cuando el ejecutor final comience su conducta*".

Luego, quienes transmiten esa orden, en todo caso, prestan al autor mediato una ayuda o colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse (fórmula del cómplice necesario), mientras que el intermediario, más precisamente, el autor directo o individual, es el ejecutor del hecho.

Volviendo a un tema objetable: la fungibilidad del ejecutor; no cabe duda de que este actúa en el marco de una organización, la cual resultará con seguridad altamente compleja, arbitrando sistemas de contralor de las decisiones adoptadas en dicho marco.

La cuestión, centralmente, radica en la crisis teórica que implica el rechazo de la orden. Es decir no la cumple, quedando así demostrada la falta de dominio positivo del autor mediato.

Si esto ocurre, por los motivos que sean, y se acepta como falencia, se robustece para este supuesto la idea de coautoría.

Si cupiese aproximar una idea madre, la tesis de Claus Roxin lo sería, considerando que resulta posible la autoría mediata de quienes tienen verdadero poder de mando; mas sólo revisten

tal calidad quienes están en condiciones de, autónomamente, adoptar la decisión de que se cometa el hecho delictivo. En base a esto deberíamos enmendar la posición para que el dominio de la organización criminal se sustente en un dominio positivo de configuración sobre la realización efectiva del hecho, dada por el aparato de poder.

4. TESIS DE LA "AUTORÍA DE DETERMINACIÓN"

Esta tesis, actualmente defendida por nombres de la talla de Zaffaroni, Alagia y Slokar, presenta supuestos donde el hombre de atrás determina al intermediario, que no realiza conducta, o bien, resulta ser ejecutor en la modalidad de autoría mediata, a realizar un delito especial (sin reunir los caracteres especiales típicos el sujeto influyente) o un delito de propia mano. En palabras de los defensores de esta postura: "*El determinador tiene el dominio del hecho, que puede ser en la forma de dominio del acto (se vale de quien no realiza conducta) o de dominio de la voluntad (se vale de otro que actúa atípica o justificadamente), pero el determinador no tiene los caracteres típicos del autor (en los delicta propria) o se trata de un delito de propia mano. En este último caso, el artículo 45* del Código Penal (de la nación argentina) ***igualmente les aplica la pena del autor****, pero no son autores del delito –porque no completan los requisitos típicos para serlo– y tampoco son instigadores –porque no hay injusto del que la instigación sea accesoria–, y se hace evidente que* ***la ley no los considera autores del delito sino autores de la determinación al delito****, es decir que* ***el art. 45 también crea una tipicidad independiente de autoría de determinación***", por ejemplo: "*quien determina a otro para que mate a su padre, pero el determinado lo ignora, será autor de la determinación de parricidio, y no instigador, porque el determinado no cometió ese delito*", refiriendo los tratadistas que "*en este supuesto habrá un autor de la determinación al delito, al carecer de los requerimiento típicos del autor*".

Debemos discrepar respetuosamente con esta postura, pues, como lo manifiestan los propios tratadistas, no resultaría fac-

tible concebir una instigación ya que "*no hay injusto del que la instigación sea accesoria*", es decir, en realidad no se determina la comisión de un verdadero delito, pues sus requisitos configurativos no se conforman en el caso.

Puede imaginarse un delito de propia mano donde, por ejemplo, el hombre de atrás, hipnotista experto, logra influir a su instrumento para que abuse sexualmente de una tercera persona. Esa determinación es atípica, es claro que quien ejecuta materialmente el hecho no realiza conducta, de manera que no puede considerarse que se ha cometido un delito, pues falta la base esencial de éste. Visto desde el hipnotista, tampoco existe un delito de abuso sexual, pues el mismo no fue cometido por él en su persona. Penalizar al hombre de atrás por considerar que el ejecutor ha sido *determinado* (art. 45 del Código Penal) soslaya algo fundamental: se determina a cometer un *delito*, no un *resultado disvalioso que no es delito de propia mano*.

Lo mismo debe decirse de los *delicta propia*: veamos el ejemplo del empleado judicial no cualificado que proyecta una sentencia por la cual el magistrado cometerá prevaricato, manipulando la situación para que el juez firme la resolución sin controlarla debidamente. Quien domina el suceso es el empleado, el cual no puede cometer prevaricato, pues no reviste la calidad de juez, mientras que éste último, que sí ostenta la calidad competencial, obró en forma imprudente y atípica, pues en Argentina no existe el prevaricato culposo, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y civiles a que hubieran lugar.

No se puede poner en duda que las víctimas del ultraje sexual y de la sentencia injusta merecen una reparación y de que han sufrido un daño por demás injusto; pero ello no debe hacernos perder el norte en el análisis jurídico de los estamentos de la teoría del delito, máxime cuando se concibe como un sistema inteligente de filtros.

En conclusión, la teoría invierte las reglas de la accesoriedad, pues la concepción natural establece que se participa en el injusto ajeno, el cual siempre ha de existir, pero en este caso, dicho injusto, lisa y llanamente, no existe, de allí la denominación de autoría *de* determinación y no *por* determinación, esta última reservada, como vimos, a la autoría mediata.

El eufemismo de que se es autor *de* la determinación, pero no del delito, no altera estas objeciones, pues, en tal hermenéutica, la determinación no es un concepto aislado, sino dependiente del concepto *delito*, que es lo que resulta ausente en la postura criticada.

El Código Penal no tipifica *determinaciones*, sino *delitos*, de manera que quizá se encuentre comprometido el mismo principio de legalidad pues el concepto de autor que se maneja es en un sentido exclusivamente de derecho positivo, sin la admisión de ningún elemento extraño al Derecho Penal. De tal forma, habría que analizar caso por caso y verificar si el hombre de atrás incurrió en la comisión de un delito que no sea especial ni sólo ejecutable de propia mano.

5. AUTOR POR CONVICCIÓN: EL PARADIGMA DE LA REACCIÓN SOCIAL

Este autor, al decir de Hirsch, muestra una particularidad que "*reside en el contenido reivindicativo de la protesta pública que adquiere la infracción consciente del Derecho fundada en motivos subjetivos de carácter ético-político*".[4] El sujeto gravita entre ciertas prácticas de rechazo, obstrucción u oposición efectiva al orden jurídico pre establecido, que históricamente han generado este tipo de autoría sobre la cual la pena o sanción deviene inocua pues no tiene ni tendrá ningún efecto positivo en tanto el autor esté verdaderamente convencido de su posición frente a la norma.

Zaffaroni, yendo más allá, ha dicho que "*es correcto ubicar la resistencia a la opresión como causa de justificación, junto a la desobediencia civil y a la defensa de los intereses legítimos*".[5]

Puede recordarse que el paradigmático defensor del Derecho natural Gustav Radbruch fue quien indicó este instituto en el Proyecto de Código Penal Alemán del año 1922 y 1925,

[4] HIRSCH, HANS, *Derecho Penal. Obras Completas*, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 200/201.

[5] Ob. cit., pp. 637/638.

refiriendo a aquellos cuya motivación decisiva reside en que se sienten obligados a realizar el hecho en virtud de sus convicciones éticas, religiosas o políticas.

Los términos convicción y conciencia tienen aristas comunes por lo que su disquisición es sólo semántica, quien está convencido obra con conciencia. No sería propio aludir a datos históricos pues la posmodernidad implica un pensamiento sin estigmas absolutos y de orden interpretativo. Poco a poco y en general las ideologías se han desvanecido, aunque ciertos movimientos políticos actúen con la vehemencia que da la violencia.

La dogmática jurídico penal se ha referido con distintos institutos jurídicos sobre el particular, entre otros el error de prohibición y la antijuridicidad material, pero la cuestión compromete además cuestiones de índole moral, religioso, filosófico, político, sociológico, axiológico, etc.

Las convicciones son de distinto tenor cualitativa y cuantitativamente. Con esto aludimos a "lo convictivamente duro", "lo blando", "lo ideológico", "lo vinculante,"auténticas", "imaginarias", etc.

Es oportuno hacer una pausa inteligente: al tratar el tema siempre se debe aludir al contexto. Es decir cual, como, cuando, desde donde, para que o porqué el autor obró en la especie de tal manera. Esto fomentará una respuesta tendiente a la exculpación, plena o parcial, la disminución de la culpabilidad, la justificación, la eximición o bien hacia la condena o el reproche.

Latinoamérica particularmente ha visto el desarrollo de fenómenos sociales como el frecuente corte de vías de tránsito (piquetes), la usurpación de inmuebles especialmente públicos (ocupas) o bien el daño a bienes públicos (vandalismo). Todo esto es invocado desde la "convicción".

Roxin recuerda un hecho en el que un grupo de pacifistas protestaron contra el rearme en un terreno militar americano abandonado pero alambrado. Pusieron ovejas a pastar y plantaron un árbol. Con posterioridad fueron condenados por violación de domicilio y daño al alambrado: "*Si se sigue mi concepción se podría haber concedido una exclusión de la responsabilidad. Se podría haber intentado un tercer carril de*

la reparación o bien directamente conceder benevolencia a los encartados".[6]

La criminología ha tratado in extenso el tema en la escuela clásica, la escuela positiva, la escuela sociológica, la escuela del labelling approach, control social o reacción social, la teoría de la fundamentación de la pena (retribución, prevención, etc.) mientras que la Escuela abolicionista ha atacado duramente al sistema penal inclusive con términos virulentos hacia la criminología en general. De acuerdo a la propia recomendación de Christie, se debe abandonar a la criminología por considerarla colaboracionista con el proceso de expropiación de los conflictos.[7] El abolicionismo se ha mostrado como "anticriminología", en el sentido de abandono de los objetos, instrumentos y categorías que sirvieron a este campo de conocimiento en el pasado.

Summer ha señalado también el momento de la criminología crítica como el decaimiento de su 'cientificidad' y la hipertrofia de su 'politicidad'.[8]

De alguna manera lo ya destacado muestra el desplazamiento del paradigma etiológico al paradigma de la reacción social. Donde la protesta social se hace carne en los pueblos y éstas requieren, a veces, respuestas penales.

6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL BOLIVIANO

En Bolivia, el Decreto Ley 10426 de 23 de agosto de 1972, puesto en vigencia el 6 de agosto de 1973, proveniente de un régimen dictatorial rigió hasta el 10 de marzo de 1997, momento en el que este Código fue parcialmente reformado por una comisión de juristas a la cabeza del Profesor Gunter Stratenwerth.

---

[6] PARMA, C., *Culpabilidad. Lineamientos para su estudio*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, p. 156.

[7] Desarrollado en: CHRISTIE, NILS, "Los conflictos como pertenencia", en *De los Delitos y las víctimas*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

[8] SUMMER, COLIN, "Censure, Criminology and Politics", en AAVV: *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a R. Bergalli*, Editorial Antrophos, Barcelona, 2006, p. 140.

Pese a ser una reforma parcial al Código Penal, se realizaron cambios trascendentales elevándose este Código a rango de ley, a efectos de no vulnerar el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege* y se adecuó la sistemática de la ley penal boliviana a las modernas corrientes doctrinarias en Derecho Penal.

La reforma ha afectado esencialmente la materia de autoría y participación. Es importante, al mismo tiempo no desconocer la redacción anterior, pues esto conlleva a equívocos respecto de la redacción actual, su debida sistematización doctrinal y su respectivo tratamiento.

6.1. La autoría y participación en el Decreto ley 10426

El Decreto Ley 10426 establecía en sus artículos 20 y 21 las reglas de la autoría, bajo la siguiente redacción:

Artículo 20º (AUTORÍA). *Son autores los que ejecutan directamente el hecho o prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse.*

No es autor el que haya sido constreñido por fuerza física irresistible. En este caso, quien hubiere ejercido la violencia será punible.

Artículo 21º (AUTORES MEDIATOS). *Son autores mediatos los que para cometerlo, se valen de un inimputable o los que inducen en error a otro, para el mismo objeto.*

A partir de estas expresiones, se puede advertir que el gobierno de facto de 1972 no había previsto dentro de este Código la coautoría. En el artículo 20 plasmaba lo que se conoce actualmente como la autoría directa o inmediata al referir que eran autores *los que ejecutan directamente el hecho.*

Asimismo, reconocía la cooperación necesaria equiparada a la autoría cuando refería que también eran autores los que *prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse.*

En el segundo párrafo del artículo 20 (de la redacción anterior), se preveía innecesariamente y de forma literal que *no es*

autor el que haya sido constreñido por fuerza física irresistible. En este caso, quien hubiere ejercido la violencia será punible.

La doctrina y principalmente la sistemática de la Teoría del Delito ha previsto dentro de los casos de ausencia de acción la fuerza física irresistible: vis absoluta y vis relativa, aunque en este último caso la doctrina dominante ha establecido que si existe acción pero se excluye la antijuridicidad o la culpabilidad sea que opera un estado de necesidad justificante, disculpante, o miedo insuperable. La principal consecuencia es que quien emplea la fuerza física sobre el agente responde como autor, concretamente como autor mediato, mientras que el agente que es utilizado como una mera masa mecánica u opera con una voluntad viciada en sus motivaciones producto de una voluntad dominante, su obrar no le es reprochable penalmente.

Esta redacción resulta más propia para la configuración y redacción del derogado artículo 21 que tenía por nomen iuris Autores Mediatos y no así de la configuración de la autoría individual y cooperación necesaria prevista en el artículo 20. Asimismo, el artículo 21 del derogado Decreto Ley Nº 10426 establecía que eran autores mediatos *los que para cometerlo, se valen de un inimputable o los que inducen en error a otro, para el mismo objeto.*

Esta configuración resultaba insuficiente, y dejaba una serie de supuestos fuera del alcance de la autoría mediata; siendo evidente que los que se incluyan no solo pueden contemplarse allí donde se evidencia la vis absoluta, compulsiva, o quien comete el delito valiéndose de un inimputable, o quien induce en error a otro para cometer el delito.

Existe autoría mediata cuando el instrumento no actúa típicamente porque falta en él un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo; cuando el instrumento actúa justificadamente.

Asimismo, no se puede dejar de mencionar la teoría de Claus Roxin a través de la cual por medio de la autoría mediata sustenta y fundamenta la responsabilidad penal de la criminalidad organizada de carácter estatal o paraestatal en relación a los crímenes contra la humanidad y genocidios cometidos por el Gobierno Nacionalsocialista alemán entre 1933 a 1945, donde

los altos funcionarios de gobierno se valían del *aparato de poder* como una máquina donde las decisiones surgían en la cúpula, pasando por mandos medios y terminando en ejecutores directos fungibles. Todos estos casos, por la innecesaria enunciación de los supuestos de autoría mediata, no eran abarcados dentro de la previsión normativa, y sin lugar a dudas se ha dejado esta labor de interpretación a la jurisprudencia constitucional y a la doctrina legal aplicable.

Las reglas de la participación criminal estaban previstas en los artículos 22 y 23 del referido Decreto Ley, bajo la siguiente redacción:

Artículo 22º (INSTIGACIÓN). *Son instigadores los que intencionalmente determinan a otro a cometer el hecho.*

Artículo 23º (COMPLICIDAD). *Son cómplices los que de cualquier otro modo facilitan o cooperan a la ejecución del hecho, en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido. Los que en virtud de promesas anteriores, prestan asistencia o ayuda con posterioridad al mismo.*

En la instigación se dejaba claramente establecido que esta forma de participación para ser punible debía ser dolosa, mientras que la redacción de la complicidad dejaba ese vacío lamentable, a través del cual la colaboración al hecho delictivo de forma imprudente también podía ser punible.

El gobierno de facto boliviano al establecer las reglas de participación cometió un error enorme, pues no ha establecido para instigadores y cómplices una escala penal, ni de forma directa ni por remisión, lo cual, por supuesto, hacía inoperante el reconocimiento de las formas de participación criminal al no aparejar a las mismas su respectiva penalidad.

6.2. Autoría y participación en el Código Penal Ley Nº 1.768 del 10 de marzo de 1997

El 10 de marzo del año 1997 se produce la reforma parcial al Código Penal a través de la Ley Nº 1768 que eleva a rango de Ley el Decreto Ley Nº 10426 de 23 de agosto de 1972.

6.3. Exposición de motivos

Es relevante este análisis toda vez que la exposición de motivos constituye la interpretación del legislador, siendo por estos motivos vinculante.

La exposición de motivos de la reforma parcial al Código Penal boliviano fue realizada principalmente por el Profesor Stratenwerth.

"EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA REFORMA PARCIAL AL CÓDIGO PENAL

(…) Los cambios más importantes de esta reforma parcial presentan las siguientes características:

15. Se reformula el régimen de la participación criminal, definiendo de manera completa y adecuada a los diferentes sujetos activos en la comisión del delito.

Se establece la sanción para los instigadores y cómplices. De esta manera, se subsana la omisión del Código que no contemplaba de manera directa ni por remisión, escala penal para los partícipes.

La nueva regulación consagra el principio de accesoriedad limitada al conformarse con la antijuridicidad del hecho del autor principal y no exigir su culpabilidad para poder sancionar al partícipe. Por otra parte, se descarta la posibilidad de una participación culposa al exigir la presencia de dolo en las conductas de instigación y colaboración en el hecho antijurídico ajeno.

Se introduce una causal de atenuación especial de pena para el partícipe que no reúne especiales condiciones o cualidades personales que funden la punibilidad y que se encuentren presentes en el autor. De esta manera, se obtiene un resultado justo al imponer un castigo más grave al sujeto que tiene mayores obligaciones y exigencias de adecuar su conducta a derecho en el caso concreto".

Se deduce claramente que el Código Penal ha recogido el principio de accesoriedad limitada, es decir que para que sea punible el obrar del autor y del partícipe, basta que la conducta

del autor principal venza el filtro de la tipicidad y la antijuridicidad, no siendo necesario que este sea culpable.

6.4. AUTORES

La redacción vigente conforme a la reforma parcial del Código Penal boliviano ha enunciado todas las formas de autoría en un artículo de la siguiente manera:

Artículo 20 (AUTORES). *Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso.*

Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito.

Esta redacción, sin establecer innecesariamente cada uno de los supuestos dentro de cada forma de autoría, como lo hacía el Decreto Ley 10426, resulta mucho más adecuada al no dejar fuera del alcance de la norma los supuestos no contemplados.

De tal forma, está prevista la autoría directa o inmediata al reconocer que son autores *quienes realizan el hecho por sí solos*. A través de esta clase de autoría se incluye a aquellas personas que de forma directa y personal cometen un hecho criminal donde predomina a efectos de sustentar la responsabilidad penal el criterio de dominio final del hecho, es decir quien define el sí y el cómo de la realización del hecho delictivo.

Esta reforma, a diferencia del Decreto Ley 10426, ha previsto también la coautoría cuando refiere que son autores los que realizan el hecho *conjuntamente*.

A través de esta configuración de la coautoría, donde predomina el criterio del dominio funcional del hecho, en la que varias personas son responsables del hecho delictivo por el reparto funcional de roles y principalmente por la decisión común acordada previamente; se permite englobar supuestos de coautoría ejecutiva y de coautoría no ejecutiva.

Resulta pertinente aquí, traer a colación la interpretación del legislador boliviano, que ha previsto que en el delito de

robo, cuando participan dos o más personas, intervienen como coautores del hecho delictivo:

"35. (…) Por la gravedad del hecho y el peligro que comporta para la seguridad e integridad de las personas se ha incorporado la agravante del robo cometido en lugares despoblados. También se moderniza la agravante de "robo con disfraz" haciendo mención al encubrimiento de la identidad del agente y en el caso del robo con la participación de dos o más personas se especifica su calidad de coautores para diferenciar estos casos de los supuestos de participación. (…)"

Al igual que la redacción anterior, se identifica visiblemente al cooperador necesario cuando se reconoce en el catálogo de autores a *quienes dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso.*

Si bien se ha incorporado al cooperador necesario en el artículo 20 del Código Penal boliviano, doctrinariamente no se puede establecer de forma absoluta que el cooperador necesario sea un coautor, porque puede presentarse en supuestos de forma espontánea, coyuntural, accidental, brindando realmente una cooperación de tal naturaleza que sin ella el delito no habría podido ser cometido, lo cual nos permite justificar la imposición de la misma pena que al autor, aunque por carecer del dominio funcional del hecho, no pueda llamársele como tal.

Al fin y al cabo, es menester también precisar que el cómplice no deja de ser un cooperador en la realización de un hecho delictivo doloso ajeno. La diferencia radica en que la cooperación que brinda el cómplice es de significativa menor entidad que la del cooperador necesario. El cómplice resulta un cooperador no necesario, fungible, sin él, el delito se comete invariablemente.

Y por último, sin perjuicio de reiterar lo ya apuntado precedentemente, reconoce al Autor Mediato como aquel que *dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito*. Donde con esta nueva redacción permite incorporar distintos supuestos que hacen a la autoría mediata y donde prevale a efectos de sustentar la responsabilidad penal el criterio del dominio de la voluntad.

Con relación al criterio del dominio del hecho y los requisitos para apreciar la coautoría, el Tribunal Supremo de Justicia en Bolivia, otrora Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha establecido estas reglas en la Doctrina Legal Aplicable:

A.S. Nº 59 de 27 de enero de 2006, Sala Penal II
Doctrina legal aplicable

De acuerdo a la línea doctrinal sentada por la Corte Suprema de Justicia en varios Autos Supremos, la "teoría del dominio del hecho" respecto de la acción de los agentes que da lugar a la vulneración de bienes jurídicos, afirma que en todos los delitos dolosos es autor quien tiene en sus manos el curso de los hechos del suceder típico y antijurídico, lo que significa que para que el agente sea considerado co-autor de un delito doloso es necesario que haya una resolución conjunta para ejecutar el hecho por parte de los agentes, sin importar en el momento del hecho la mayor o menor gravedad de su actuación por haber previamente consentido en el accionar de todos en el logro común del resultado antijurídico.

Al respecto son muy claros los Autos Supremos números 54 del 26 de febrero de 2002, y 426 de 16 de agosto de 2001.

6.5. Partícipes

El legislador boliviano ha previsto las dos formas de participación criminal de la siguiente forma:

Artículo 22 (INSTIGADOR). *Es instigador el que dolosamente determine a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso. Será sancionado con la pena prevista para el autor del delito.*

Artículo 23 (COMPLICIDAD). *Es cómplice el que dolosamente facilite o coopere a la ejecución del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aún sin esa ayuda se habría cometido; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho. Será sancionado con la pena prevista para el delito, atenuada conforme al Artículo 39.*

La configuración vigente tanto del instigador como del cómplice ha superado el error que cometía el Decreto Ley 10426 que no daba un marco penal a estas formas de participación criminal.

Al instigador se le impone la pena prevista para el autor del delito, ello se justifica porque si bien no tiene el dominio del hecho, a través de la persuasión determina a otro a cometer un delito doloso, siendo este último el que tiene la decisión final. Determinar a otro debe entenderse como generar en el autor la decisión de cometer un hecho delictivo concreto, no bastando para su punición el mero consejo. Esta instigación debe ser directa, no pudiendo aceptarse una instigación general o en cadena como una forma de participación criminal.

La complicidad conforme a la redacción vigente ha salvado el error de dejar abierta la punición a la complicidad imprudente en el delito doloso ajeno. Tal como lo ha previsto el legislador en su exposición de motivos la participación culposa en el delito doloso ajeno no es punible.

Conforme la configuración de la complicidad debe entenderse que la colaboración dolosa no necesaria puede brindarse a través de conductas previas a la comisión del hecho delictivo o simultáneamente; pudiendo estas representarse por colaboraciones físicas (acción que representa una ayuda no necesaria al autor principal); pero también la complicidad puede representarse a través de una colaboración no necesaria intelectual o psíquica: el asesoramiento técnico, de quien por su profesión o experiencia brinda indicaciones que facilitan la realización del hecho; o, el fortalecimiento de la decisión del autor que no puede darse sino a través de una promesa previa que debe ser cumplida con posterioridad a la ejecución del hecho delictivo.

Al respecto de la complicidad, la Doctrina Legal Aplicable emitida por el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia ha establecido:

Auto Supremo Nº 451 Sucre, 13 de septiembre de 2007

Se considera defecto absoluto la errónea aplicación de la ley penal sustantiva en perjuicio de los imputados porque viola el

principio de legalidad, en ese marco, teniendo en cuenta que los hechos delictivos no son necesariamente obra de una sola persona y que, por el contrario, suelen tomar parte en ellos distintos sujetos, es preciso diferenciar los grados de responsabilidad penal en base a las aportaciones que realice cada uno de ellos, de tal forma que habrá sujetos que recibirán la totalidad de la pena prevista (autores), mientras otros, al realizar contribuciones secundarias (cómplices), estarán más alejados de los aspectos fundamentales del delito y, por lo tanto, podrían llegar a recibir una pena menor.

De acuerdo a la doctrina penal, la complicidad en relación a la comisión del cualquier delito, se configura cuando el sujeto activo dolosamente facilite o coopere a la ejecución del hecho antijurídico y que, en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho. Cuando la participación de terceros es de índole más secundaria, de ayudar o de auxilio para ejecutar el delito, se habla entonces de complicidad, que puede ser moral o material. La primera, tiene lugar cuando al delincuente se le indica el modo o forma de cometer el delito, dándole ánimos o prometiéndole ayuda para lograr la impunidad. La segunda, material, supone prestar medios materiales para la ejecución del delito o, intervenir en su relación ejecutando actos que no sean propios y característicos del delito.

6.6. Responsabilidad penal intuito personae - incomunicabilidad

Artículo 24 (INCOMUNICABILIDAD). *Cada participante será penado conforme a su culpabilidad, sin tomar en cuenta la culpabilidad de los otros.*

Las especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que funden, excluyan, aumenten o disminuyan la responsabilidad, no se comunican entre ninguno de los participantes.

Faltando en el instigador o cómplice, especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que funden la punibilidad del autor, su pena se disminuirá conforme al Artículo 39.

La pena es intuito personae, de tal forma que por más que existan diversas personas, sean autores o partícipes de un hecho delictivo, cada quien responde de forma personal conforme a la gravedad del injusto cometido y el grado de culpabilidad.

Tal como lo ha reconocido el legislador boliviano en la Exposición de Motivos, se incluye aquí una atenuación especial para el partícipe de un delito especial en quien no concurre las cualidades especiales requeridas para el autor. De tal forma, por no tener el mismo grado de exigibilidad que el autor que si reúne las condiciones exigidas por el tipo penal, responde con una pena atenuada conforme a las reglas establecidas en la Parte General del Código Penal boliviano.

6.7. Nueva Constitución Política del Estado

Desde el 07 de febrero de 2009 en Bolivia rige una Nueva Constitución Política del Estado. La misma ha previsto un artículo que concierne al presente estudio:

Artículo 110.

Las personas que vulneren derechos constitucionales quedan sujetas a la jurisdicción y competencia de las autoridades bolivianas.

La vulneración de los derechos constitucionales hace responsables a sus autores intelectuales y materiales.

Los atentados contra la seguridad personal hacen responsables a sus autores inmediatos, sin que pueda servirles de excusa el haberlos cometido por orden superior.

En realidad el parágrafo II del artículo 110 de la Ley Fundamental boliviana no hace otra cosa que reconocer las diversas formas de autoría: inmediata, mediata y coautoría. Sea que se detenta un dominio final o funcional del hecho.

Mayor debate merece el parágrafo III de este mismo artículo que refiere que no puede servir de excusa a los autores inmediatos de atentados contra la seguridad personal el haberlos cometido por orden superior. Al respecto, el Código Penal boliviano de 1972 reconocía en su artículo 16, las causas de inculpabilidad, reconociendo entre estas la obediencia jerár-

quica. La reforma parcial del Código Penal de 1997 ha sacado esta causal expresa de inculpabilidad del texto positivo, pero no porque no pueda operar como una causal de exclusión de la culpabilidad, sino por la siguiente fundamentación:

"13. (…) Se suprimen los demás casos contemplados en el Art. 16 del Código 1972, teniendo en cuenta que la "violencia moral" constituye un caso más del estado de necesidad y la "obediencia jerárquica" no representa una categoría autónoma dado que se superpone con diferentes causas que excluyen la responsabilidad penal".

Es decir, el legislador boliviano de 1997 ha excluido del texto positivo como causal de inculpabilidad la obediencia jerárquica, no porque no considere que en esos supuestos pueda operar una eximente de responsabilidad penal, sino por una idea de sistemática legislativa y doctrinal, reconociendo que esta obediencia jerárquica no es una categoría autónoma dentro de la sistemática de la Teoría del Delito, sino más bien como una categoría entremezclada con diversos elementos negativos que excluirían la existencia del delito, a decir, causas de justificación o de exculpación.

Resulta ponderable que la Ley Fundamental boliviana precise que en los casos de atentados contra la seguridad personal no puede servirles de excusa la obediencia jerárquica a los autores materiales. Ello va a implicar, que en ámbitos como del Derecho Público y Militar, cuando la orden sea manifiestamente contraria a derecho, esta no debe ser ejecutada pues no será exculpada por la concurrencia de la obediencia jerárquica. Sin embargo, de no ser así, podría apreciarse, según el caso en concreto, alguna causa de exclusión de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO 6

EL PARTÍCIPE

1. Participación criminal: tesis. 1.1. Generalidades. 1.2. Justificación: Teoría de la culpabilidad o de la corrupción. Teoría pura de la causación. Teoría de la participación en el injusto. 1.3. Principios regentes. 2. Tipos de participación. 2.1. Cómplice necesario y partícipe secundario: distinción. 2.2. Inducción. 2.3. El fenómeno de participación omisiva en la acción y activa en la omisión.

1. PARTICIPACIÓN CRIMINAL: TESIS

1.1. GENERALIDADES

El hecho criminal cardinal regularmente tiene como protagonistas absolutos a un sujeto o varios, la participación por su parte, se apoya en la existencia de este hecho principal sobre el cual como un haz concluyen otras actuaciones individuales. Por ende, la conducta seguida por el partícipe no coincide exactamente con la de quienes practican el hecho principal, de otra manera serían conceptualizados como coautores o se les endilgaría otra forma de autoría.

Dada esta introducción, la intervención de los distintos sujetos que realizan el delito puede entenderse en dos sentidos básicos:

a. **Participación en sentido *amplio:*** engloba a todo aquél que realiza una contribución al hecho, sea principal o accesoria,

física o psíquica, agrupando la conducta del autor, del cómplice y del instigador.

b. **Participación en un sentido *restringido***: considera sólo la aportación que efectúan quienes intervienen en el injusto, pero *sin* ejecutarlo; esto es, los cómplices e instigadores.

Hecha esta distinción, cuando hablemos de *participación* en este capítulo lo haremos desde el punto de vista restringido, haciendo referencia sólo a los cómplices e instigadores.

Reyna Alfaro enseña que la participación criminal no es otra cosa que la cooperación en la realización de un delito doloso. Esto supone que la participación se encuentra referida siempre a un hecho ajeno: el hecho del autor.[1]

Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, siguiendo un criterio clásico, enseñaban que cuando en el delito concurre una pluralidad de personas y la ley opera con un concepto restrictivo de autor (como sucede en el derecho español) es precisa una regulación legal de aquellas conductas que no son típicas, si se quiere extender a ellas la pena. La necesidad de una regulación de esta clase se deduce de la mayor potencia criminal del grupo frente al individuo aislado y de la necesidad de contrarrestar la tendencia de los delincuentes a asociarse.[2]

Ensayando una **definición** podemos decir que **el partícipe en sentido negativo: *es todo aquél que interviene en el delito sin ser autor*, o bien, *aquél que contribuye al hecho sin realizar el tipo***. Es decir, actúa colaborando en el hecho ajeno, que es del autor, pero sin ejecutarlo.

El peligro siempre está en la práctica del foro donde –como bien advierte Villamor Lucía– la acusación imputa en forma discriminatoria las formas de participación.[3]

La participación en el Código Penal Argentino (arts. 45 y 46) está concebido para los hechos dolosos. Dice en su artículo 45, a quienes *tomasen parte* y *ejecutaren el hecho*, se individuali-

---

[1] Reyna Alfaro, Luis, *Derecho Penal II*, Ed. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2004, p. 127.

[2] Rodríguez Devesa, J. M. y Serrano Gómez, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª edición, Dykinso, Madrid, 1995, pp. 804/805.

[3] Villamor Lucía, Fernando, *Derecho Penal Boliviano. Parte General*, Tomo I, Ed. Inspiración Cards, La Paz, Bolivia, 2007, p. 262.

za con dicha conceptuación general a los autores, para luego definir al cómplice primario como aquél que *prestase al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse*.

En el artículo siguiente se dan las notas de la participación secundaria bajo una fórmula residual: *los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo*.

Finalmente, la inducción o instigación es catalogada bajo la vieja y conocida fórmula de *determinar directamente a otro* (el autor) *a cometer un delito* (art. 45 del C.P.). La discusión aquí se ha centrado en si es posible instigar a los inimputables. La negativa ha sido generalizada (Núñez, Soler, etc.). En este sentido se ha afirmado que "*los argumentos esgrimidos en contra de la admisibilidad de instigación a un hecho principal culposo se ven reforzados por la propia definición de instigar que, cualquiera sea su fórmula, significa determinar a un tercero a realizar un tipo concreto, crear dolo en el agente y no una vaga motivación a conducirse en una forma inadecuada, peligrosa o genéricamente delictiva. Aún más: sólo una construcción jurídica puede derivar en la admisión de participación culposa (…) lo que sería una construcción formal ajena al contenido real de la problemática*".[4]

El Código Penal colombiano trata el instituto de la autoría y participación en los artículos 29 y 30. En el primero se establece que es autor quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento; y que los coautores son los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él,

[4] MALAMUD GOTI, JAIME, "Participación e imprudencia", en *Jornadas internacionales de Derecho Penal argentino,* Editorial Cathedra, Buenos Aires, 1973, p. 237.

pero sí en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

En tanto el artículo 30 del Código Penal de Colombia estipula que son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

Por su parte el Código Penal peruano en su artículo 25 aporta una noción de participación como cooperación o complicidad; esto es: "*quien presta auxilio para la realización del hecho punible*". En el primer y segundo párrafos del artículo se diferencia respectivamente y según la importancia, a la cooperación necesaria de la cooperación secundaria.

La mención de estas legislaciones simplemente tiene como objeto exhibir distintas visiones, práctica que reporta utilidad para apreciar, los contornos elementales del campo del partícipe, pues no basta con la mera alegación de la no ejecución del hecho por parte de éste, que es una cuestión reservada al autor, sino que será necesario distinguir entre autor y cómplice primario o necesario, ya que éste último realiza un aporte esencial, pues el hecho *no habría podido cometerse sin el mismo*, mientras que el primero *ejecuta el delito,* adentrándonos en la polémica de si este tipo de complicidad admite dominio del hecho o no.

Un sector de la doctrina dominante, entiende que el partícipe, cómplice o colaborador no domina el hecho, resultando menester, desde luego, definir qué ha de entenderse por *aporte esencial*¸ reservado para el partícipe primario, quedando el resto de las contribuciones para la complicidad secundaria. Un ejemplo disparador de este dilema es el caso del llamado "campana", quien vigila y alerta en un robo: ¿podría catalogárselo de autor o de cómplice principal?

Es necesario por consiguiente establecer cuáles son los criterios fundantes de la punibilidad del partícipe, pues de otro modo se plantearía un grave conflicto de legalidad penal: en el caso de un homicidio, es el homicida aquél que *mata* a otro, ésa es la conducta estrictamente prohibida, cualquier otra excede el alcance semántico del verbo típico *matar*; mas es evidente que facilitarle la tarea al autor, *alcanzando o suministrándole* un arma, la acción queda fuera del verbo típico.

Si no comete el delito, mal podría ser penalizada una conducta que no encuadra estrictamente en el tipo de la parte especial pero claramente aporta al hecho criminal, de manera que ha de existir un fundamento por el cual, en cierto modo, el tipo penal de la parte especial se vea en alguna medida exacerbado de modo tal que no sólo finalice englobando la conducta de *matar*, sino también la de *suministrar los medios para matar*.

El C.P. Boliviano que tratamos puntualmente (ver acápite aparte), habla de "quien realiza objetivamente el injusto…". Dable es recordar que el legislador de 1997, tuvo como fuente el proyecto de Código Penal tipo para latinoamerica (art. 33).

Sin mayores preámbulos, paseremos al tratamiento pormenorizado de los criterios fundamentales justificantes de la penalidad en la participación criminal.

1.2. Justificación: Teoría de la culpabilidad o de la corrupción. Teoría pura de la causación. Teoría de la participación en el injusto

La **teoría de la culpabilidad o de la corrupción**, es una de las tesis que ha sido llevada a delante por autores que han justificado la punibilidad del partícipe, en base a que éste ha conducido al autor al delito; lo ha influido, corrompiéndolo, conduciéndolo a la culpabilidad y a la pena.[5]

[5] Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Grijley, 2006, Lima, Rep. de Perú, p. 494. Villa Stein, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. San Marcos, 2ª edición, 2001, p. 326, catalogando a la tesis el profesor de la Universidad de San Marcos diciendo que el fundamento radica en que se ha convertido en delincuente al autor, se lo ha culpabilizado.

Esta teoría entiende que la culpabilidad del partícipe estaría en función con la del autor; es decir, el reproche del autor del hecho y de su cómplice o instigador se entremezclarían, pues al ejecutor le es recriminable su accionar; pero este reproche repercute también en el partícipe, confundiéndose ambas culpabilidades.

Zaffaroni expresa que esta postura se centraliza no en el delito, sino en su autor,[6] mientras que Bacigalupo señala que "*la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor*".[7]

Percy García Cavero, con mucho tino critica esta tesis exponiendo que la misma debe ser rechazada en razón de "*fundamentar el castigo del partícipe en la corrupción personal del autor, olvidando que la participación, por definición, requiere necesariamente una intervención en el hecho realizado por el autor. Si se considera reprochable corromper a las personas, entonces habría que tipificar los actos de corrupción como un delito autónomo*".[8] Es decir, se ampliaría el alcance del tipo ya que, como dijimos antes, el verbo típico es realizado por el autor, mientras que los partícipes únicamente colaboran; pero sin ejecutar el hecho, de manera que legitimar dicha conducta por corromper o conducir al camino delictivo al autor violaría flagrantemente el principio de legalidad, pues como en el ejemplo antes citado, *suministrar un arma* no es *matar con un arma*, por mucha influencia que dicha aportación haya tenido en el reproche del autor, ya que se entiende que se habría superado definitivamente la equiparación de los actos efectuada por la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Villavicencio Terreros[9] agrega que resultaría posible justificar esta tesis en la instigación o inducción de un autor culpable; empero con respecto a quien realiza un injusto inculpable resultaría difícil o imposible basar la punibilidad del cómplice

[6] ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2ª ed., 2002, en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, p. 792/3.

[7] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, 1999, ac. 1051.

[8] GARCÍA CAVERO, PERCY, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Griljey, Lima, Perú, 2008, p. 580.

[9] Ibídem.

e inductor en la corrupción, pues al carecer de culpabilidad el ejecutor, mal puede afirmarse que el mismo ha sido *llevado al delito*.

Vistas estas opiniones apuntaremos la crítica más trascendente; entendida la culpabilidad como el juicio de *reproche personal* realizado al autor por *su* injusto, resulta claro que solamente *a él* puede achacársele su comisión, independientemente de las circunstancias atenuantes o agravantes que, en su caso, juegan su rol en la magnitud de la pena, entre las cuales puede contabilizarse la influencia de los partícipes; pero de allí a generar una confusión de juicios de reproche, terminaría por eliminar la noción de reprochabilidad personal por el injusto cometido, de manera que la magnitud de la pena debería dividirse entre los distintos intervinientes conforme no sólo a la entidad del aporte realizado, sino también al grado de recriminación personal por lo ejecutado. Mucho más lógico es, claro está, que cada cual responda por su grado de intervención estrictamente personal en el delito realizado en conjunto e independientemente del rol de autor o partícipe, mensurando la pena por *la reprochabilidad eminentemente personal* por el aporte realizado.

Otra tesis llamada **teoría pura de la causación**, que si bien minoritaría, reduce, como su denominación lo indica, el fundamento de la punibilidad del partícipe al plano del proceso causal, tomando en cuenta que la base punitiva de la participación radica en el *aporte causal al hecho*. Sus partidarios expresan que la mera existencia de causalidad entre la conducta de *participar* y la de *ejecutar el hecho* no fundamenta la sanción del partícipe, sino que solamente justifica una disminución de la respuesta penal, traducido en una menor pena, en virtud de la mayor distancia con respecto al hecho.[10]

Conforme a esta postura, Villavicencio Terreros dice que, el partícipe no responde criminalmente por *favorecer* el hecho ajeno, sino por realizar *su propio injusto*, vale decir: se quiebra la tradicional regla de la accesoriedad de la conducta del partícipe con referencia a la del autor que siempre ha sido considerada la principal.

[10] Villavicencio Terrenos, ob. cit., p. 495.

De manera esclarecedora, Zarrafoni, Alagia y Slokar, critican esta modalidad de la participación como delito independiente manifestando que "*cuando se pretende que la participación da lugar a tipos independientes, no se puede explicar satisfactoriamente por qué no es generalmente punible la tentativa de participación, es decir, por qué no se pena al partícipe hasta que el autor no comienza a ejecutar el hecho, ni tampoco por qué se atenúa también la escala penal del partícipe cuando el autor ha dejado el delito en grado de tentativa, supuestos para los que la última parte del art. 47 dispone que se apliquen ambas reglas reductoras cuando corresponda*".[11]

Si el partícipe realiza su propio injusto, entonces que el autor no de principio de ejecución a su hecho en nada obstaría a la punibilidad de la participación ya materializada en el aporte, de manera que los defensores de la tesis deberían aceptar la tentativa de participación, es decir, el aporte doloso al autor que no ejecutó el hecho.

Por ejemplo, abusar sexualmente no es sostener a la víctima mientras se la ultraja; lesionar o causar un daño en el cuerpo o en la salud no es alcanzarle un elemento contundente al autor; claramente, si se considera que el cómplice y el inductor realizan su propio injusto, pudiendo atacar *directamente* el bien jurídico desde la mera colaboración, y por muy importante que ésta pudo haber sido para la ejecución delictiva, es evidente que se violenta el principio de legalidad, ya que se altera el alcance semántico del tipo penal, incluyéndose conductas que no encuadran en la descripción típica.

Esta exegesis reitera las críticas que se han realizado a la tesis de la culpabilidad, sólo que esta vez, desde el ángulo de la causalidad.

Nada podría estar más lejos de los postulados del Derecho Penal liberal, y así lo reflejan las palabras del jurisconsulto peruano arriba citado: "*el juez podría crear tantos tipos legales como estime adecuados, lo que es incompatible con el principio de legalidad pues todos los ciudadanos esta-*

[11] ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2ª ed., 2002, en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, p. 791.

rían expuestos a un aumento indeterminado del número de prohibiciones".[12]

De tal forma, y como bien señala García Cavero,[13] la participación se convertiría en un delito autónomo,[14] quebrándose la accesoriedad, a lo que agrega que la tesis expuesta ostentaría serias dificultades para explicar la participación en la omisión, en la tentativa y en los delitos de peligro abstracto, por lógicas razones; en la omisión no existiría relación causal entre la acción distinta a la debida y el resultado; en los delitos de peligro abstracto no habría una lesión a un bien jurídico individual, mientras que en la tentativa no existe un resultado lesivo, en el sentido de que no se produce la extinción del bien jurídico atacado.

Por último la teoría que puede catalogarse como dominante: la **teoría de la participación en el injusto** esta sostiene que la lesión al bien jurídico en virtud de la conducta del partícipe no se independiza del perjuicio realizado por el autor, sino que éste último realiza la conducta principal, mientras que el partícipe sólo, por accesión, agrega su acción a la del ejecutor del hecho, afectando ambos al mismo interés social o bien jurídico. De ese modo sostiene Villavicencio Terreros que la conducta del partícipe facilita la del autor, o bien genera el dolo de éste, induciéndolo al hecho, de manera tal que el contenido del injusto de la participación se determina conforme al propio contenido del injusto del hecho en el cual se participa.[15]

---

[12] Ibídem, ac. 1098.

[13] Ob. cit., p. 580.

[14] Afirman Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé que: "*el planteamiento que estima que el partícipe realiza su propio injusto típico, es decir, que cada partícipe cumple un tipo legal propio y autónomo con relación al autor (Lüderssen, 1967)… Con este planteamiento, nuevamente se rompe la función del tipo legal, que es la descripción expresa legal de un determinado hecho, pues se pasan a crear tantos tipos legales como intervinientes en el hecho se estime necesario castigar conforme al eventual criterio político-criminal. La participación deja de ser una cuestión de la Parte General, de punibilidad por extensión, en referencia a los tipos legales de la Parte Especial. Se convierte exclusivamente en una cuestión de la Parte Especial, en que el jurista o el juez puede crear cuantos tipos legales estime adecuados. Se destruye la función de garantía, ningún ciudadano puede saber a ciencia cierta lo que está prohibido y, por otra parte, se aumenta indeterminadamente el número de prohibiciones*" (*Lecciones de Derecho Penal. Volumen II*, Ed. Trotta, 1999, p. 297).

[15] Ob. cit., ac. 1099.

La tesis consagra la accesoriedad de la conducta del partícipe, caracterización que implica una garantía del estado de derecho; en palabras sencillas, cada uno responda por sus obras más no por la aspersión de conductas ajenas. Sólo si se incardina voluntaria y concientemente con ellas será responsable.

Así el accionar del partícipe activa un dispositivo amplificador[16] contenido en la parte general (en el caso argentino, los artículos 45 y 46 del Código Penal), y que, pese a que la conducta del partícipe no encuadra estrictamente en el tipo penal, igualmente resulta alcanzado y abarcado en el marco de lo prohibido, pues el aporte es considerado lesivo para el bien jurídico, al promover o facilitar el hecho, o bien, al provocar o generar el dolo del autor, no lesionándose así el principio de legalidad.

Zaffaroni, Alagia y Slokar aciertan cuando expresan que no basta con aclarar que el partícipe accede al injusto del autor; es decir, no es suficiente consagrar la accesoriedad de la actuación del cómplice, sin adicionar nada más al argumento, pues no se justifica así la punibilidad del extraneus en forma razonada, cayéndose en un enunciado meramente intuitivo o declarativo. Vale la pena traer a este texto una cita referida al tema, pues su solución se muestra por demás elocuente: "*La única explicación coherente a este fenómeno, que permite cerrar sin artificios todas las respuestas limitantes de extensiones inadmisibles de la tipicidad, es que la participación se dirige contra el mismo bien jurídico del delito del autor,* ***sólo que en forma mediata****, justamente porque el partícipe compromete el mismo bien jurídico afectado por aquél. Esta tesis, modificada en el sentido de que* ***la participación se dirige a la misma lesión del autor en forma mediata****, es la única que, sin mayores esfuerzos, explica satisfactoriamente la participación en los delicia propria y la impunidad del partícipe de lesiones a sus propios bienes jurídicos. El partícipe actúa afectando el*

[16] Ob. cit., ac. 1100. García Cavero, ob. cit., p. 581. Bacigalupo refiere al respecto que "*la extensión de cualquiera de los tipos de la Parte Especial a otras conductas que no son su comisión misma sólo es posible mediante el dispositivo técnico que proporcionan las reglas referidas a la participación en sentido estricto (inducción y complicidad)…*" (obra citada, ac. 1050).

mismo bien jurídico que el autor, pero sólo que no lo hace en forma directa, sino por medio del hecho antijurídico del autor (…) De esta forma, la participación siempre tiene que ser accesoria de un injusto (accesoriedad limitada), como también que el partícipe no necesita tener las características del autor, porque no es autor del hecho en forma directa, sino que actúa típicamente sólo cuando lo hace por la vía del hecho del autor. También explica que la tentativa de participación sea impune y que opere la doble reducción del art. 47 in fine. Además, como se trata del bien jurídico que también afecta la conducta del autor, cuando el partícipe contribuye a la conducta que afecta un bien jurídico que le es propio, no comete ningún delito".[17]

Para finalizar no es ocioso aludir a observaciones que los autores han hecho con respecto a algunas variables de esta tesis, cuando explican que, acudiendo al baremo de la afectación de la paz social, por implicar desintegración social (Welzel), se ha intentado abarcar con ello la conducta del extraneus, pues pese a no reunir la cualificación del intraneus, de todas formas, su obrar lastima dicha paz social, al promover el injusto del autor.[18] El difuso concepto de *paz social* produce una suerte de oscurecimiento de los bienes jurídicos que resultan atacados por el injusto, de manera que todos podrían reconducirse al viejo fantasma de la referida paz social, en forma muy similar con las actuales concepciones de la vigencia de la norma como bien jurídico penalmente tutelado (Jakobs).

1.3. Principios regentes

Se requerirá una caracterización de la naturaleza dogmática de las normas que establecen la diferenciación,[19] siempre que se haya configurado una regulación en este sentido por parte del legislador.

[17] Ob. cit., pp. 793/4.

[18] Ob. cit., p. 793.

[19] Bacigalupo, E., *Hacia el Nuevo Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 459.

Un primer principio es el de **convergencia de voluntades**,[20] como atinadamente sostiene Villavicencio Terreros, debido a que la intervención de cómplices en el hecho, o la influencia de inductores, acredita la actuación de varias personas en el ilícito penal.

Debe existir un cierto concierto criminal en la comisión delictual, la cual no requiere ser expresa, pudiendo bien resultar tácita (por ej.: el autor golpea en el suelo a la víctima, siendo que un tercero, partícipe, *sin acuerdo expreso previo*, le facilita una roca para ultimarlo).

Siguiendo estos lineamientos, la convergencia de voluntades implica que la concurrencia no se aceptaría en los delitos imprudentes, no siendo tampoco posible participar culposamente en el hecho doloso ajeno, mientras que los excesos en el dolo no alcanzan a los demás intervinientes por extralimitar el concierto criminal (exceso cuantitativo), lo mismo ocurriría cuando se ejecuta un delito distinto del acordado (exceso cualitativo).

El **principio de accesoriedad**, por su parte, resulta de una razonada derivación de la teoría de la participación en el injusto, y de acuerdo a las formulaciones de la doctrina comparada debe ser analizado desde dos ópticas diferentes:

a. Accesoriedad cuantitativa o externa: denominada también como principio de exterioridad.[21]

Como dice el antiguo aforismo: *Lo accesorio sigue la suerte de lo principal*; mediante esta se requiere, para que la participación sea punible, que el hecho principal resulte al menos tentado por el autor,[22] lo cual implica negar la tentativa de participación, tal como se expuso ut supra. Visiblemente, el aporte efectuado por el cómplice en la etapa preparatoria, o la inducción desplegada sin éxito, deja huérfana de punibilidad tales conatos de intervención colaborativa, pues si el partícipe accede a promover un injusto ajeno, si éste no es cometido, y resultando inexistente la conducta del autor o bien atípica,

[20] Ob. cit., pp. 497 y ss.

[21] VILLAVICENCIO TERREROS, ob. cit., p. 500, ac. 1115 y 1116.

[22] GARCÍA CAVERO, ob. cit., pp. 584/5. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob, cit., p. 795, igualmente BACIGALUPO, ibídem, ac. 1055.

si sólo se realizaron actos preparatorios por el ejecutor, pues con más razón la acción del partícipe no será alcanzada por el ámbito de lo prohibido.

De manera no resultando típica la conducta del autor, menos aún puede ser criminalizada la aportación del partícipe.

b. Accesoriedad cualitativa: traducida en su ámbito interno, en contraposición a la anterior.

En esta existen diversas posturas doctrinarias en cuanto a qué elementos específicos y constitutivos del delito deben configurarse en el hecho principal para que concurra la participación, de tal modo se han esbozado a su vez los siguientes criterios:

1. Accesoriedad mínima: tomando un ejemplo lo explicaremos, A amenaza a B con un arma de fuego, C le facilita otro arma de fuego a B, quien dispara sobre A, ejerciendo su defensa legítima. B, que pese a obrar justificadamente realiza el tipo de homicidio, no resultará penalizado por obrar conforme a la causa de justificación, pero a partir de este criterio se llegaría a la ridícula situación de que C resultara alcanzado por la accesoriedad mínima en la conducta típica de B.

Aquí basta con que la conducta del autor sea típica para que el obrar del partícipe resulte punible. No puede ni debe prosperar, pues se llega al absurdo de penalizar al partícipe en razón de que el autor realiza el tipo, pero obrando justificadamente,

Independientemente de que existe una dependencia del hecho principal, la tesis es extrema, ya que el autor ni siquiera realiza un injusto, pues la acción solamente es antinormativa, pero justificada.

2. Accesoriedad limitada: requiere que el autor cometa un injusto, pero no se exige la culpabilidad; de este modo siendo suficiente que la acción sea típica y antijurídica, es la tesis que mejor se adecúa a la actual hermenéutica jurídica y doctrinaria, considerándose la postura de mayor aceptación,[23] ya que no

[23] VILLAVICENCIO TERREROS, ob. cit., ac. 1111; VILLA STEIN, ob. cit., p. 328, al igual que García Cavero, ob. cit., p. 584, aunque este autor centraliza la cuestión en el *sentido delictivo del hecho*. BACIGALUPO, ob. cit., ac. 1058, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ya cit., pp. 793/4.

sólo evita el conflicto devenido de la accesoriedad mínima, sino que también obtura los problemas de la accesoriedad extrema (tratada a continuación).

La culpabilidad siempre es considerada un juicio de reproche estrictamente personal de cada interviniente, resultando una refutación de la teoría que fundamenta la punibilidad del partícipe en la corrupción del autor.

3. Accesoriedad extrema: precisa que se configuren todos los elementos constitutivos del delito (conducta típica, antijurídica y culpable) y si bien puede decirse que es la tesis que más sinceramente desarrolla el aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal ("no debería haber participación *accesoria* sin un delito *principal*"), parece injusto que el cómplice y el instigador se vean claramente beneficiados en razón de aportar o inducir a un inimputable, pues se sabrá de antemano que, en su caso, por esta tesis no resultarán penalizados.

Se percibe, que es el opuesto exacto de la accesoriedad mínima, pues exige la comisión de un injusto culpable por parte del autor, mientras que aquélla ni siquiera exige un injusto, bastándole la adecuación típica.

Este criterio en tratamiento motivó la creación de la teoría del autor mediato, a efectos de llenar este vacío de punibilidad, aunque tampoco se lograba resolver el conflicto generado cuando el instigador, por su condición de tal, no dominaba al instrumento, lo cual derivó en la amplia aceptación de la accesoriedad limitada como corrección de dicha situación.

No obstante el éxito de la tesis de la accesoriedad limitada y del rechazo de de la extrema, cabe analizarlas con más detalle y cuidado, por jemplo: en una montaña, se abren dos caminos muy pequeños, en los cuales se han emplazado dos vías férreas, existiendo en un punto de convergencia un mecanismo para que se desvíe la formación en uno u otro camino. El empleado encargado de realizar los desvíos, temporalmente, se ve incapacitado de realizar su trabajo, siendo que en una de las vías vienen caminando irregularmente unas diez personas, y en la restante una sola persona, de manera que, acercándose el tren, le indica a un tercero cómo realizar el desvío hacia la vía donde

viene circulando una sola persona, salvando así a las diez que circulan indebidamente por la vía restante.

El caso nos lleva a pensar que estos criterios quizás no deberían llevarse al extremo esquemático en los casos en los cuales el autor obra en estado de necesidad exculpante, pues en este caso si bien se salva un bien jurídico equivalente al afectado, al menos se ha logrado la salvaguarda de uno de ellos.

Parece por demás injusto que el autor (tercero) por el mero hecho de haber realizado la acción en estado de necesidad exculpante, se vea beneficiado con la inculpabilidad o irresponsabilidad (ésta última según la famosa tesis de Roxin), mientras que el empleado, inductor, que lo ha asesorado en cómo realizar el salvamento y ha formado el dolo homicida, no dominando el hecho (por su incapacidad temporal); resultaría criminalizado por la teoría de la accesoriedad limitada, resultando injusta en dicho caso.

Es evidente que no es el mismo hecho el que comete un inimputable, instigado por el sujeto que resultará criminalizado, que el que realiza el autor que obra en estado de necesidad exculpante, pues este último tiene la finalidad ética de salvar, al menos, uno de los bienes jurídicos amenazados.

De ese modo si bien puede aceptarse la teoría de la accesoriedad limitada, nos vemos obligados a traer a mencionar el especial caso del autor que obra en estado de necesidad exculpante, creyendo que debería ello constituir una excepción a la general tesis de la accesoriedad limitada, la cual no debería funcionar en el supuesto traído a colación, en consideración del principio general del conocimiento consistente en que *toda regla tiene su excepción*.

Enrique Bacigalupo, discrepa con la solución ante el caso citado: "*La inducción o la complicidad en un hecho principal cometido por el autor en una situación de necesidad en la que colisionan intereses de igual jerarquía, por ejemplo, sería punible, a pesar de la no punibilidad del autor por hallarse excluida su culpabilidad*[24] (…) siendo que (…) *Desde el punto de vista que hemos sostenido, las causas que excluyen la res-*

[24] BACIGALUPO, ob. cit., ac. 1062.

ponsabilidad por el hecho no tienen una extensión uniforme respecto de los partícipes. En consecuencia, sólo el estado de necesidad (no justificante) debe extenderse también a ellos, siempre y cuando la acción del partícipe revele un grado de solidaridad socialmente comprensible con respecto al autor. Este grado de solidaridad sólo deberá apreciarse cuando los bienes jurídicos afectados del tercero no sean fundamentales. En este sentido, el estado de necesidad debe experimentar una considerable limitación respecto de los bienes jurídicos. Por lo tanto, el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho sólo deberá extenderse a los casos en que el bien jurídico de un tercero afectado por el mismo no sea ni la vida, ni el cuerpo, ni la libertad".[25] Sin perjuicio de la eminente opinión del gran jurisconsulto, consideramos que no hace justicia al principio de igualdad el que, en algunos supuestos (afectación de bienes jurídicos no fundamentales) se excepcione la accesoriedad limitada y en otros (bienes jurídicos elementales: vida, integridad física y libertad personal) se aplique la tesis de la accesoriedad limitada, pues resultando equivalentes los bienes jurídicos afectados y salvados no existe razón válida para seleccionar según la intensidad de la afrenta o lesión al interés socialmente tutelado, pues en todos los casos se salva otro de igual valor, de manera que a la razón selectiva se le opone otra que funciona contra-selectivamente (por ej.: se suprime una vida, pero se salva otra o varias, lógicamente, cualitativamente iguales a la afectada).

4. Hiperaccesoriedad: de valor histórico, hoy no tiene seguidores en la dogmática contemporánea.[26] Exige no sólo el injusto culpable, sino todos los presupuestos materiales de punibilidad, de manera que, de concurrir una simple excusa absolutoria en el autor, ya el partícipe se vería beneficiado con la impunidad.

Otro principio es el de **la general incomunicabilidad de las circunstancias, relaciones y calidades personales**, el cual es muy relevante y está descrito en el artículo 48 del C.P. argentino de

[25] Ibídem, ac. 1064.
[26] ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 792.

la siguiente forma: "*Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe*".

Mucho se ha escrito sobre la temática, debatiéndose, como referencia Donna,[27] si se está hablando de las generales y circunstanciadas razones de atenuación o agravamiento de la punibilidad contempladas en los artículos 40 y 41 del C.P. en mención, o si, en cambio, se relacionan con elementos del tipo objetivo específico que pueden concurrir o no en los ejecutores.

Con referencia al artículo 41 del referido C.P., no vemos razones plausibles para excluir ni a las generales agravantes y atenuantes del artículo 41[28] del C.P., como así tampoco las especiales condiciones personales previstas en el tipo objetivo puntual, pues excluyéndose aquellas condiciones que hagan estrictamente a la culpabilidad del interviniente, sea autor o partícipe, siempre serán, por esencia, personales e incomunicables, de manera que ninguna circunstancia que haga al juicio de reproche podría válidamente trasladarse a otro actuante, so pena de violar groseramente el principio de culpabilidad por el acto. Sólo restarán condiciones que hagan estrictamente a la magnitud mayor o menor del injusto, como sería, por ejemplo, la extensión del daño o del peligro causado. Si el inductor le sugiere y convence al autor de cometer un robo, solamente amenazando a las víctimas, pero sin agredirlas físicamente, el

[27] Obra citada, pp. 432/3, siendo la opinión del jurista que se relacionan las condiciones del art. 48 del C.P. con los elementos personales del tipo objetivo.

[28] Art. 41. A los efectos del artículo anterior (**nota: para fijar la pena concreta**), se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

exceso cuantitativo del autor, que golpea salvajemente a las damnificadas, no debería comunicarse al instigador, pues desconoce la mayor gravedad del injusto efectivamente ejecutado, a contrario de lo que él había sugerido al ejecutor. El inductor debería recibir una menor pena con respecto a la impuesta al autor del hecho.

Luego, en lo que hace a las previsiones del puntual tipo objetivo, el artículo 48 ya referenciado habla de relaciones, circunstancias y calidades personales. Analizando esquemáticamente:

Relaciones personales*:* son, por ejemplo, el parentesco que funciona como excusa absolutoria en algunos de los delitos contra la propiedad (art. 185 del C.P.).

Circunstancias personales: (por ej.: el inductor sugiere cometer sólo un robo, pero el autor incurre en un exceso al robar y matar a la víctima).

Calidades personales: hacen clara referencia a los *delicta propia*, ampliamente analizados en esta obra.

Un debate que nos parece aún más enriquecedor es si por la letra de la ley debe entenderse que el conocimiento del partícipe también puede fundamentar la comunicabilidad de una circunstancia atenuante, pues la primera parte de la norma solamente hace referencia a que dichas circunstancias atenuantes y excluyentes de la punibilidad sólo concurrirán en quienes correspondan (nada dice sobre el eventual conocimiento de las mismas), mientras que la segunda parte de la norma refiere que el conocimiento de las agravantes justificaría excepcionar la general incomunicabilidad de las mismas.

No cabe duda de que el cómplice que conoce la calidad de *hijo* en el sujeto que mata a su padre resulta afectado por la agravante; mas el problema se presenta cuando lo que se conoce es una atenuante, ya que la norma no hace ninguna aclaración sobre si ese eventual conocimiento permite la comunicabilidad al interviniente ajeno a la misma. Teniendo en cuenta lo que expusimos sobre el art. 41 del C.P., puede ocurrir que exista alguna circunstancia general que aminore el injusto del autor, como ser la menor extensión del daño, las condiciones o naturaleza general de la acción y los medios que se emplean, siendo

que estas deberían repercutir también en una menor magnitud de la pena del partícipe que las conoce, pues sería por demás arbitrario que el conocimiento fundamente la excepción a la regla de la incomunicabilidad para las agravantes pero la impida para las atenuantes, de manera que la norma debe ser interpretada conforme al principio *pro homine* y estar a la interpretación que mayores facultades le otorga al particular frente al poderío estatal y su monopolio penal, comunicándose también la atenuante cuando el partícipe la conoce.

2. TIPOS DE PARTICIPACIÓN

2.1. Cómplice necesario y partícipe secundario: distinción

Se dice que el partícipe primario o cómplice necesario, es aquél que realiza, obrando dolosamente, un aporte *sin el cual el hecho doloso ajeno no habría podido cometerse*, lo que plantea el interrogante del momento de la contribución.

Bacigalupo,[29] refiere que el cooperador necesario sólo puede obrar en la etapa preparatoria del íter críminis, siendo que si su intervención se da en la ejecución será coautor, pues dominará el suceso. Claro que dicha postura la sustenta conforme a la letra del artículo 28.b del Código Penal español. Coincide con este criterio temporal Villavicencio Terreros.[30]

Edgardo Donna, disiente y manifiesta que el cómplice primario puede realizar su acción tanto en el estadio de la preparación como de la ejecución,[31] refiriendo que la verdadera distinción entre autor y cómplice primario es la dominación del hecho por parte del primero, la cual no tiene el cooperador.

Esto renueva disyuntivas ya tratadas en esta obra, acerca de cuándo el interviniente domina el hecho y cuándo no lo hace, lo cual se complica aún más cuando esto ocurre durante

[29] Obra cit., ac. 1089 y 1090.
[30] Obra cit., p. 525, ac. 1179.
[31] Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, tomo V, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 434.

la ejecución del crimen. No obstante lo dicho, vale la pena recalcar en este apartado algunas cuestiones esenciales, pues se relacionan con la diferenciación entre autor y cómplice primario, lo cual es elemental, pues a pesar de recibir ambos la misma escala penal, el juez puede, conforme a las circunstancias del hecho y la calidad del aporte de cada interviniente (arts. 40 y 41 del C.P. argentino), reducir la pena del cómplice necesario con referencia a la respuesta punitiva frente al autor, lo cual nos parece justo considerando la diferencia de protagonismo de cada uno en el hecho.

La cuestión reside en dilucidar el peso de los aportes y a partir de allí determinar cuando se es autor y cuando partícipe. A tales efectos, creemos más que útil la ya citada tesis de Luzón Peña, cuando diferencia al autor a partir de la *determinación del hecho* (lo causa directamente), mientras que el partícipe solo *favorece* el mismo, es decir, el cómplice también causa el delito, pero en forma indirecta, esto es, a través del obrar del autor.

Así entendida la cuestión, el autor domina el suceso, ostenta el *sí* y el *cómo*, pues puede interrumpirlo, siendo que el resultando depende de su decisión y ejecución.

El cómplice necesario, por otra parte, si bien hace un aporte indispensable, a su aporte indispensable le falta la decisión y la ejecución del autor, máxime cuando partimos de la accesoriedad limitada.

Ahora, resta diferenciar a la complicidad necesaria de la secundaria; esta última suele ser caracterizada, por lo sistemas penales comparados, en sentido negativo: será partícipe secundario aquél que *no realice un aporte indispensable al hecho*,[32] considerándose además al que cumple una ayuda posterior a la ejecución en base a una promesa anterior.[33]

---

[32] No otra cosa significa la fórmula de *cooperar de cualquier otra forma en la ejecución del hecho*.

[33] Sin perjuicio de resultar para nosotros una cuestión de menor trascendencia, creemos conveniente citar la opinión de Bacigalupo con respecto a la *promesa anterior*, la cual es, para él, lo dirimente, no así la *ayuda posterior*: "*Lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad, aun cuando luego no se cumpla. El que promete asegurar y guardar el botín a quienes han decidido un robo es cómplice si los autores han contado con esa ayuda para la comisión del hecho,*

Este método deberá indagarse en búsqueda de uno más fiable y convincente que permita delinear el límite o frontera entre ambas calidades de participación, máxime si se tiene en cuenta la distinta envergadura de la pena en expectativa, mucho más atenuada en la complicidad secundaria.

Donna[34] entiende que podría esbozarse un parámetro basado en: *circunstancias concretas del caso;* en las que la aportación indispensable equivaldrá a *poner una condición sin la cual el delito no se habría cometido*. Este criterio se basa en la añeja fórmula de la *condictio sine qua non*, lo cual no agrega demasiado a la discusión. Desde esta perspectiva si no se hubiera facilitado el arma homicida, no se habría cometido el asesinato; si no se hubiera hecho entrega de la carta extorsiva no se podría haber ejecutado la extorsión, etc.; en estos casos analizados como en muchos otros, el aporte siempre terminará resultando esencial. Esto da lugar a un dilema interpretativo pues otro cómplice podría haber realizado el aporte, ello en forma abstracta, de manera que la tesis termina confundiendo más de lo que clarifica.

Algo similar sucede con la distinción del cooperador secundario, pues el aporte no indispensable, devenido en la puesta de una condición que *sólo altera la forma del resultado*, termina siendo un enunciado que se queda en las formas, vacío de todo contenido material e interpretativo.

El otro fundamento lo constituye el *criterio abstracto*; el cual tampoco funciona óptimamente ya que soslayándose ex profeso las circunstancias coyunturales del suceso, debe interrogarse si *la forma de cooperación es necesaria en general para la comisión del delito*.[35]

Este planteo no resiste el análisis, como ya recalcara la doctrina más autorizada, pues en abstracto siempre pudo haber sido posible arbitrar otros aportes alternativos; es decir, la entrega del cuchillo pudo haber sido realizada por otro cómplice,

aun cuando éste quede en tentativa y no haya luego botín a asegurar y, por lo tanto, falte la posibilidad de cumplir la promesa" (ac. 1092, obra citada).

[34] Ob. cit., pp. 436/7.

[35] DONNA, ob. cit., p. 436.

lo mismo que el envío de la carta extorsiva. El método de la supresión hipotética, según el cual, si eliminando el aporte del cómplice el hecho igualmente se habría cometido, no deja de ser una trasnochada vuelta a la equivalencia de las condiciones que no altera la esencia de lo verdaderamente ocurrido, esto es, en lo fáctico, prácticamente todos los aportes han sido causales del resultado, de manera que parece conveniente en el análisis dirigirnos hacia nuevas fronteras de la dogmática, renovando los esfuerzos para arribar a tesis cada vez más logradas.

García Cavero[36] cita las ideas de Rodríguez Mourullo, quien parte de la sustituibilidad del aporte del cómplice, en cuyo caso se configurará una participación secundaria mas cuando fuera insustituible, el aporte será esencial. Rodríguez Devesa, análogamente, acude a la noción de intercambiabilidad de la aportación, resultando no intercambiable la contribución del partícipe necesario.

La denominada **teoría de los bienes escasos**,[37] seguida por Gimbernat Ordeig, Diaz y García Conlledo, además de Mir Puig y Bustos y Hormazabal,[38] es una de las tesis de mayor peso y la que mejor se acerca a solucionar el problema de la distinción entre el aporte indispensable del cómplice primario y el aporte inesencial del partícipe secundario.

El puntapié inicial es abandonar el planteamiento de hipótesis abstractas puesto que siempre abren un margen de duda razonable que debería resolverse conforme al principio de *favor rei*, ante la duda siempre habría de configurarse una participación secundaria, lo cual no se condice con la previsión de una diferenciación legislativa entre complicidad necesaria y secundaria.

Esta tesis ordena algunos lineamientos básicos que merece la pena citar:

a. Prescindencia de los planteos hipotéticos; sólo traen más confusión al intérprete.

---

[36] Obra citada, pp. 592/3.

[37] DONNA, EDGARDO ALBERTO, ob. cit., p. 438/441, seguida en la Argentina por el citado jurista.

[38] Obra cit., p. 303.

b. Relevancia de la determinación; qué habrá de entenderse por aporte esencial, en función de que la legislación penal considera de mayor relevancia al asignarle una escala penal superior al cómplice primario con respecto al secundario.

c. **Especificación**; dicha cuestión, traducida en el centro de gravedad de la diferencia entre ambas complicidades, coincide con el lenguaje corriente, lo cual se grafica magistralmente con un ejemplo, el del inventor que logra crear una revolucionaria máquina, para lo cual fue *indispensable* un aporte de una considerable suma de dinero, *sin la cual no habría podido crearla*. La pregunta entonces es: ¿Por qué se considera esencial el aporte monetario y no así, por ejemplo, la facilitación de herramientas de trabajo o materiales, cuando todos ellos fueron condición del resultado? porque los materiales y herramientas podrían haber sido conseguidos fácilmente por el inventor, más reunir el dinero hubiera implicado un enorme esfuerzo y sacrificio, dándole esta cirscunstancia el carácter de bien escaso.

Ahora bien, ello no significa realizar indebidamente un análisis abstracto de la cuestión, pues la entrega de una carta extorsiva podría considerarse un aporte no esencial, en virtud de que candidatos para realizar dicha actividad, en general, sobrarían; mas no podría decirse lo mismo en una pequeña comunidad en la cual el extorsionador no ostenta la suficiente confianza con la generalidad de las personas para requerir la prestación.

La determinación de la escasez del bien, lo que aparejará la necesariedad o esencialidad de la aportación, si bien puede realizarse en forma provisional (un cuchillo o un trozo de papel son bienes abundantes en una ciudad), siempre dependerá de las circunstancias puntuales del caso, de modo que el análisis siempre habrá de realizarse en concreto, y nunca en modo abstracto. Esto conlleva, en definitiva, a la no practicidad de los planteos hipotéticos.

Gimbernat en este sentido dice; "s*i yo quiero contribuir a un delito, lo único que puedo saber en el momento de realizar*

la prestación es si el objeto que entrego es uno cuya obtención presenta dificultades o no las presenta en absoluto; esto es si el objeto es escaso o abundante".[39]

En conclusión, de resultar un bien escaso, el aporte será indispensable; de resultar abundante, no será esencial, constituyéndose respectivamente una complicidad primaria, en el primero, y secundaria en el segundo.

Creemos que esta tesis resuelve el grueso de los conflictos interpretativos que comúnmente se presentan al operador judicial para distinguir participación primaria y secundaria, postura en la cual nos enrolamos, en virtud de su objetividad, al basarse en las circunstancias de cada caso, además de aplicarse un baremo claro para distinguir la entidad del aporte.

En una especie de postura intermedia Percy García Cavero advierte que no debería partirse de ningún extremos analíticos, ni desde una total abstracción donde la cooperación nunca será indispensable, pues siempre sería factible la sustitución del aporte, ni tampoco desde un total apego a las circunstancias del caso ya que todos los aportes terminarían siendo esenciales, perdiéndose el límite. Lo que debe hacerse, es "*ubicarse en un plano de posibilidades de actuación, pero siempre en atención a las circunstancias concretas en las que se realizó el delito. Si en este plano hipotético la prestación podría sustituirse por otra equivalente o simplemente prescindir de ella, entonces la complicidad será simple*".[40]

2.2. Inducción

Como una modalidad participativa, la inducción o determinación,[41] *se constituye en la acción de aquel que, sin tomar*

[39] Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2006, pp. 130 y ss.

[40] Ob. cit., p. 593.

[41] Aunque le asiste razón a Villavicencio Terreros cuando afirma que la noción de *determinación* es mucho más genérica, pues abarca no sólo al inductor, sino también al autor mediato, de manera que no resultaría correcto equiparar completamente al instigador con el determinador, so pena de incurrir en las imprecisiones denunciadas (obra citada, ac. 1146), nosotros agregaríamos a ello las precisiones realizadas por

parte en la ejecución del hecho, influye sobre el autor en forma directa, logrando que este último adquiera el propósito criminal. La consecuencia de la instigación; esto es, la formación de la decisión delictiva en el autor, debe responder directamente a la obra o influjo del determinador,[42] lo cual excluye como objeto de instigación a quien ya estaba decidido a la ejecución criminal, viéndose ésta sólo reforzada por la acción del partícipe (*omnímodo facturus*), en todo caso sería una forma de complicidad psicológica en el hecho, pero no una determinación del propósito criminal.[43]

Villavicencio Terreros,[44] indica acertadamente que es inadecuado comparar al instigador con el antiguo autor intelectual de la baja edad media, pues esto genera la consecuencia de que, entonces, no se precisaría que el autor directo ejecute el hecho, lo cual deriva en la admisión de la tentativa de instigación y, con ello, al quiebre del principio de accesoriedad ya estudiado.

García Cavero, por su parte precisa conceptos al afirmar que en aquellos casos donde se produce un error en el instigador; es decir, cuando se realiza el influjo para que el autor se decida por el hecho, pero sin saber que, en realidad, el autor ya ha adoptado la decisión con anterioridad, pues constituyen casos de tentativa inidónea de inducción.[45]

De esto se deriva que la instigación imprudente no resulta punible, a pesar de que sería lógicamente factible, pues *determinar directamente a otro* encamina el propósito doloso del inductor a lograr vencer las resistencias psíquicas del inducido que detienen psicológicamente la conducta delictiva, de manera que el inductor debe obrar sabiendo que está desplegando un

Luzón Peña en su tesis de la *determinación objetiva del hecho*, pues el autor directo también resultaría ser un *determinador*, en el sentido de ser quien pone el factor decisivo para desencadenar el resultado.

[42] Hernández Esquivel, Alberto, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 293, en el sentido de que "*el fundamento de la inducción no está en que simplemente originó la idea de realizar el delito, sino en una influencia psíquica determinante de la decisión de realizarlo*".

[43] Ibídem, ac. 1150, coincide con ello García Cavero, ob. ya citada, p. 589.

[44] Ob. cit., ac. 1147.

[45] Ibídem.

influjo sobre el potencial autor, con el fin de que éste se decida a cometer el hecho.[46] Este dolo está dirigido a que el autor decida cometer el hecho, a convencerlo (de acuerdo al uso natural del lenguaje).

En tal hermenéutica, el dolo del instigador solamente puede dirigirse a que el autor logre la consumación, en el fenómeno delictivo será: convencer a un sujeto de que robe un banco, no de que se cometa un conato de robo bancario, o de que el sicario asesine a la esposa del inductor, no de que lo intente, etc.

Racionalizar que el dolo del instigador puede dirigirse a la tentativa del hecho, a pesar de que el autor buscará su consumación, lleva a interpretaciones absurdas, pues fuerza la naturaleza de las cosas, ya que carecería de sentido formar el propósito criminal en la mente del futuro autor del hecho delictivo si el inductor tan sólo quiere su tentativa. Además, al fin y al cabo terminaría beneficiando al instigador, que una vez procesado, afirmaría que solamente quería la tentativa, en virtud del principio de *favor rei*.

Coincidimos en que no es factible la instigación por omisión, pues si bien el silencio puede resultar un medio apto para que el autor adquiera el propósito delictivo, el digesto penal argentino, por ejemplo, requiere que la determinación sea *directa*, lo cual excluye la posibilidad de inducir a través de no detener la inclinación del autor hacia la decisión por el hecho.

Contrariamente, en el ejemplo de la enfermera que convence al médico para que deje a su suerte al paciente en estado crítico, instigándolo a cometer el delito de abandono de personas, vemos como este entendimiento no impide que el inductor pueda realizar su influjo en el autor que ejecuta un delito de omisión impropia, pues este último admite tentativa, al existir un principio de ejecución, de manera que el instigador puede provocar la toma de la decisión delictiva.

Si la omisión es ejecutada en un momento determinado, evidentemente antecede al principio de ejecución una toma de la decisión criminal, lo cual puede generarse en la influencia del inductor.

[46] Villavicencio Terreros, ob. cit., ac. 1157.

Villavicencio Terreros expresa que el instigador responde en la medida en que el hecho principal concuerda con su dolo, de manera que no será responsable en caso de exceso cuantitativo del autor que hace más de lo convenido, al igual que tampoco debe responder ante el caso de exceso cualitativo; es decir, cuando se ejecuta un hecho distinto del anunciado,[47] todo lo cual es una consecuencia del principio general de incomunicabilidad de las circunstancias y condiciones personales, las cuales son, en dichos casos, desconocidas por el interviniente, por ser exorbitantes el influjo realizado.

Discrepamos con la admisión de la inducción realizada sobre otro instigador en el sentido de que A logra convencer a B de que hable con C para que éste cometa un robo, lo cual consigue. A es inductor de B, quien a su vez es instigador de C, es la llamada instigación en cadena.[48] Este rechazo se da por dos razones:

a. Porque el plexo normativo argentino, por ejemplo, requiere que sea *directa* la instigación, de manera que existe ya una razón de naturaleza legislativa que impediría esta hermenéutica.

b. Tampoco resultaría necesaria la existencia de la aclaración positiva, pues si se afirma que la decisión criminal en el autor debe obedecer o motivarse en el influjo del instigador, resulta claro que esta acción sólo puede realizarse únicamente sobre quien habrá de ejecutar el delito, pues inducir a otro que será a su vez instigador implica que se dirige el influjo hacia alguien distinto del autor, siendo propósito de la ley el que el *determinado* sea el autor; pero no un partícipe.

Percy García Cavero afirma que el hecho delictivo, si bien puede ser atribuido a los cómplices y autores como un hecho propio de todos ellos, en virtud del contexto delictivo de la acción grupal, debe diferenciarse la situación del instigador, pues a él no puede atribuirse tal sentido delictual, de lo que se

[47] Ob. cit., ac. 1163.
[48] Ibídem, ac. 1165.

derivaría que el inductor habrá realizado un hecho distinto; esto es, habrá cometido su propio injusto.[49]

El citado profesor apunta el dilema que devendría al poder concebirse una tentativa de instigación, cuando el autor no da principio de ejecución al delito, quebrándose de ese modo la accesoriedad cuantitativa. Recurre por eso a la posibilidad de entender que resulta ser una condición objetiva de punibilidad que el hecho resulte al menos tentado por el autor, lo cual, claro está, no excluye que se ha admitido, en tal tesitura, la tentativa de inducción.

Entendemos que la matización realizada por el mencionado profesor, al decir que "*no obstante, queda claro que en la interpretación usual del art. 24 del Código Penal no procede el castigo de la inducción si el delito inducido no se ejecuta*"[50] no hace menos cierta la observación del texto del artículo 24 del Código Penal peruano de la cual no surge que se exija la ejecución delictiva, sino solamente el despliegue del influjo, lo cual se traslada al artículo 45 del Código punitivo de la Argentina.

En su conjunto, lo arriba mencionado no se muestra como una razón válida, pues debería establecerse, en su caso, una excusa absolutoria al respecto en el propio texto legislativo, de modo que siguiendo la lógica de exposición del autor, no debería tener objeción alguna en admitir la tentativa de instigación y con ello la comisión de un delito general e independiente de inducción, relacionado con cualquier tipo de la parte especial, pues bastaría que el sujeto realice el influjo, aunque no tenga éxito.

En torno a la idoneidad de la conducta del instigador para lograr su propósito, el jurista expresa que "*la conducta del inductor debe ser objetivamente idónea para generar en otra persona la decisión de cometer un delito, por lo que no habrá inducción si la conducta no tiene el sentido social de procurar convencer a otra persona de cometer un delito. Así, por ejemplo, no puede ser considerada una conducta de inducción una mera alusión elogiosa a un delincuente que motiva a otro a seguirle*

[49] Obra citada, p. 588.
[50] Ibídem.

o el deseo de muerte que una persona expresa en un momento de ofuscación".[51]

Villa Stein[52] compatibiliza al intepretrar que la imputación objetiva del inductor se basará en la concreta previsión de que el influjo logrará formar la decisión delictiva en el autor, lo cual concuerda, aunque no lo expresa así el citado jurista, con el referido contexto delictivo.

Retomando, desde el criterio del sentido social, canalizado a través del contexto delictivo, podría establecerse un nexo de imputación objetiva que, en los casos reseñados, se descarta. La situaciçon cambia, por ejemplo, en quien le da la idea a una banda de asaltantes para dar un golpe en una institución determinada.

Meini, refiriéndose al autor detrás del autor dice, "*el hombre de atrás puede ser visto también como instigador, bajo el argumento de que cuando una autoridad ideológica o institucional puede determinar a otro a realizar algo se trata de una fuerte forma de instigación.*[53] Por esto es comprensible entender que el hombre que instiga está en otro plano que el autor.

Justo es decir que la doctrina que participa de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad en los aparatos de poder, sostiene que no puede haber instigación donde el ejecutor se encuentra ya resuelto a cometer el hecho, pues el instigador debe operar sobre un autor, contactándolo, convenciéndolo de su plan. El autor mediato, por el contrario, sólo necesita dar una orden.[54]

---

[51] Ibídem, p. 589.

[52] Ob. cit., p. 329.

[53] Con diferentes matices, HERZBERG, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates der Wirtschaft und der Gesellschaft, Amelung (Hrsg.), Sinzheim, 2000, p. 48 ss.; KÖHLER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, p. 509 y 510; GIMBERNAT, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, p. 189 ss.; RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen, 1997, p. 87 ss.; MURMANN, GA (1996), p. 279; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal. Parte General*, 2, 7ª ed., trad. Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995, § 48 II E 88; HERNÁNDEZ PLACENCIA, La autoría mediata, p. 276; LÓPEZ PEREGRÍN, *La Complicidad en el Delito,* Valencia, 1997, p. 404 y 405; DÍEZ RIPOLLÉS, "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal", RDPC 1 (1998), p. 50.

[54] ROXIN, "Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft", p. 55; el mismo, Autoría, p. 728, el mismo, en *Delincuencia Organizada*, p. 196; GÓMEZ BENÍTEZ, ADPCP (1984), p. 113.

2.3. El fenómeno de participación omisiva en la acción y activa en la omisión

Son dos fenómenos muy diferentes; **la participación omisiva en la acción** plantea que el cómplice realiza un aporte omisivo en la conducta positiva de otro; su contribución se traduciría en un *dejar hacer* al autor, el cual pone en marcha la causalidad con su propia acción, mientras que en **la complicidad activa en la omisión,** se fija la hipótesis de si es factible realizar un aporte activo; esto es, un *hacer* del cómplice, para que el autor omita.

En consideración de la impronta de Enrique Bacigalupo en la temática omisiva, resulta obligatoria su cita: "*La cuestión de si es posible una complicidad omisiva (necesaria o no) en un delito de comisión es discutida. Una parte considerable de la teoría considera que habría complicidad si al omitente le incumbe un deber de garantía (…) Desde otro punto de vista se mantiene que la complicidad por omisión es posible cuando la omisión del garante no es equivalente a la autoría de un delito de comisión y, por lo tanto, no fundamenta una autoría por omisión. Se trata de los casos en los que el garante omite impedir que un tercero realice la acción delictiva y el delito no es comisible omisivamente. Por ejemplo: cuando omite impedir, infringiendo el deber emergente de su posición de garante, un delito de propia mano o cuando carece de un especial elemento subjetivo de la autoría, como es el ánimo de lucro en el hurto. En estos casos infringe el deber de impedir el resultado pero no puede ser autor, por lo que debería ser condenado como cómplice. A ello debería agregarse, según esta opinión, el supuesto del garante que omite impedir una acción de complicidad de un tercero: el padre que omite impedir que su hijo menor preste un arma de fuego a los autores del homicidio. Esta forma de resolver el problema cubre, indudablemente, las lagunas de punibilidad que deja abierta la solución que niega la posibilidad de complicidad omisiva en un delito de comisión. Sin embargo, se trata de una solución que extiende los límites de la complicidad por encima de los que marca el principio de legalidad*".[55]

[55] Obra citada, ac. 1161 y 1162.

Dentro de la teoría del delito se relativizaron los conceptos de acción y de omisión. Esto permitió la formulación de un *concepto negativo de acción*, de acuerdo con el cual la acción no sería sino "*la evitable omisión de evitar en posición de garante*".[56] Lo decisivo sería respectivamente el deber de garante y la evitabilidad, lo que significa que también el autor activo debe ser contemplado como garante, porque es indiferente producir un daño o no impedirlo, lo importante es si el autor tenía el deber de evitarlo y si ello era posible.[57]

Cuando se admite que "*todas las acciones pueden ser reformuladas como omisiones (aunque a la inversa no todas las omisiones puedan serlo como acciones)*",[58] sería posible pensar que el concepto básico de la teoría del delito debería ser la omisión.

Retomando la cuestión en el ejemplo de la madre que nada hace mientras observa cómo su esposo abusa sexualmente de la hija común de ambos, sería posible imaginar esta complicidad omisiva cuando el partícipe resulte investido de la posición de garante con respecto a la preservación de un bien jurídico, aún así su inacción no puede ser equiparada a la acción del autor que afecta dicho bien jurídico. En el caso mencionado, claramente la omisión no puede equipararse al acceso carnal realizado por el marido, no obstante lo cual su inacción permite el desarrollo del curso causal lesivo iniciado por el autor, siendo que estaba obligada a impedirlo.

En tal caso, parece posible realizar un aporte, lisa y llanamente, a través de un *dejar hacer*, lo cual permite que sea considerada cómplice en la violación, independientemente de la eventual configuración del delito de abandono de personas, concomitantemente con el abuso, y de encubrimiento, en caso de no denunciar posteriormente el hecho.

---

[56] R. D. HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, p. 172 y ss.

[57] Ibídem, p. 173. Ver también: H.-J. BEHERENDT, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, que también considera que el concepto fundamental del sistema dogmático del delito es la omisión y ensaya fundamentarlo psicoanalíticamente. Críticamente sobre el concepto negativo de acción: G. JAKOBS, Strafrecht, 2ª edición, 1991, pp. 143 y s.

[58] G. JAKOBS, loc. cit., p. 776. La segunda parte de la afirmación de JAKOBS es discutible, cabe pensar en la teoría del *aliud agere*.

Es importante señalar que el partícipe debe ostentar la titularidad de la posición de garante, ya que esta permitiría verificar la autoría cuando la omisión pueda equipararse a la acción positiva; pero también lograría configurar la participación, cuando dicha equiparación no resulte posible.

Tomando el mismo ejemplo, si es un tercero extraño a la niña el que observa el hecho, no podría considerárselo un cómplice, pues no está obligado a realizar operaciones de salvamento del bien jurídico afectado, siendo, en todo caso, responsable por encubrir al autor si no pone en conocimiento a la autoridad de lo ocurrido.

Bacigalupo, respecto a la participación activa en la omisión del autor, reflexiona que "*la instigación o inducción no es una forma admisible de participación en un delito de omisión. En verdad, dadas las particularidades que hemos visto del mismo, lo que se debería considerar como inducción es la disuasión de actuar en cumplimiento del deber: en otras palabras, la neutralización de una acción positiva que impediría la producción del resultado. Este hecho es equivalente a la acción típica de un delito de comisión (…) una complicidad activa en un delito de omisión no sería concebible sino como una "ayuda psíquica" para la omisión de la acción que hubiera evitado el resultado. Por lo tanto, valen aquí las mismas conclusiones que respecto de la inducción*".[59]

Recurriendo al ejemplo, ya tratado en estos párrafos, de la enfermera que le sugiere al médico que interrumpa el tratamiento, nos permitimos dudar con respecto a la conclusión relacionada con la instigación en la omisión del autor pues. Si bien ambos ostentan una posición de garante, solamente el galeno cuenta con los conocimientos y la técnica que permitiría, en su caso, impedir el resultado, siendo que la enfermera, de una especialidad precaria en comparación con la del médico, quizá nada podría hacer ante el cuadro de situación.

En el caso de la enfermera, ante el grave sufrimiento del paciente, el cual padece algún tipo de cáncer cuyo tratamiento requiere especiales conocimientos que ésta carece; la inducción

[59] Ibídem, ac. 1163.

al médico no puede ser reconducida a una equiparación con el homicidio, ello desde que, de estar sola la auxiliar médica, ninguna decisión certera de salvamento esta podría realizar, en virtud de su desconocimiento técnico.

Así, puesto que la enfermera debe cuidar al paciente; mas no realizar tareas propias de un galeno, consideramos más viable entender que ha participado en el homicidio por omisión realizado por el médico, a raíz de su instigación, que atribuirle una equiparación que choca contra su propio ámbito de competencia fundada en su posición de garante.

En cuanto a la participación activa en la omisión del autor, también la pensamos factible, independientemente de la modalidad que esta pueda ostentar. Piénsese en el caso del bañista que, encargado de la seguridad en una piscina, observa cómo una persona se está ahogando, notando que se trata de un viejo adversario, ante lo cual le solicita a un a cómplice que lo agreda, para de tal manera verse impedido de socorrer a la víctima.

Evidentemente, la farsa a la cual accedió este tercero resultó ser un aporte esencial al hecho, pues debe considerase elemental para que el bañista haya podido emplear una excusa para evitar cumplir su rol socorriendo al ahogado; la contribución del sujeto es un bien escaso, pues pocas personas habrían accedido a semejante petición ante el cuadro fáctico configurado.

El bañista es el autor del homicidio por omisión, mientras que su amigo es un cómplice en dicho injusto, pues repárese, que el partícipe no ejercía una posición de garante con relación a la preservación de la integridad física de la víctima, por lo que su aporte no puede reconducirse a la producción del resultado, que si puede plantearse en el caso del autor.

CAPÍTULO 7

LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ECONÓMICOS: LA EMPRESA[1]

1. La incursión en los delitos económicos y su crecimiento. Independencia como categoría. 1.1. Actualidad, vigencia e impronta de la los llamados Bienes jurídicos colectivos. 2. Algunas precisiones sobre la Representación. Penalidad. 2.1. Debate en el Derecho Argentino y Latinoamericano sobre la regla de "Actuar en lugar de otro". 3. La organización empresarial como aparato organizado de poder.

1. LA INCURSIÓN EN LOS DELITOS ECONÓMICOS Y SU CRECIMIENTO. INDEPENDENCIA COMO CATEGORÍA

Mucho se discute sobre el denominado *Derecho Penal económico* y el *Derecho Penal de la empresa*, como si ambos conceptos llevaran una relación de género y especie. No obstante lo complejo y ajeno que puede resultar su entendimientoque, el Derecho Penal económico ha logrado una gran autonomía científica.[2]

Gracia Martín entiende que consiste en una manifestación del Derecho Penal moderno.[3] Considerando su incipiente for-

[1] Ver PARMA, C. y MORA, E., en L.L. 2014.

[2] YACOBUCCI, GUILLERMO, "Criterios de imputación en la empresa", Publicación del Primer seminario internacional de Derecho Penal organizado por el departamento de derecho y ciencia política de la Universidad Nacional de la Matanza, Editado por Universidad Nacional de la Matanza, Buenos Aires, 2007, p. 102.

[3] GRACIA MARTÍN, LUIS, *El moderno Derecho Penal Económico Empresarial y de la Globalización Económica*, Ed. Cevallos, 2011, p. 32.

mación científica, filosóficamente, Aristóteles diría que estamos más ante una "potencia" que ante un "acto".

La denominada *criminalidad económica*[4] engloba, una amplísima gama de conductas del más diverso calibre, como ser desde los delitos tributarios, lesivos de la hacienda, el contrabando, donde se afecta el orden económico planificado estatalmente, hasta estafas y quiebras, donde el Estado en sí no participa y se perjudica sólo a particulares, inclusive se llega a afirmar la inclusión del homicidio y lesiones en los casos de responsabilidad penal por el producto.[5] Esta indefinición desfavorece la pretendida autonomía del Derecho Penal económico si se considera, que muchos tipos penales que repercuten en el orden económico están legislados en la parte especial como delitos comunes, como las estafas, falsificaciones de moneda, etc.

Es lógico pensar que la tecnología, la ciencia aplicada y la revolución científica del siglo XX hicieron que el mundo, y el derecho, se expandiera. Esto dio nacimiento a lo que muchos penalistas modernos asumen como una sociedad de riesgos (Risikogesellschaft)[6] y así, en esta sociedad los criterios de imputación que deambularán el Derecho Penal económico y en particular el de la empresa serán reducir los riesgos y permitir identificar garantes, responsables e intervinientes penales.

Esta marcada expansión del Derecho Penal económico que se ha visto reflejada en toda Europa abarca situaciones individuales y colectivas. El derecho vigente en la mayoría de Estados de la Unión Europea ya contiene disposiciones penales sobre la *estafa*, cuando en un negocio jurídico una parte engaña a la otra; sobre las *falsedades de balances*, cuando las cuentas anuales no reflejan la imagen fiel de la empresa o sobre la *administración desleal;* es decir, sobre responsabilidad de los administradores por actos que producen daños patrimoniales al sujeto administrado no sólo cuando se hayan comportado abusando de deberes de su cargo que les incumban por ley, por comisión de la autoridad o por un negocio jurídico, sino

[4] Ibídem, pp. 33 y ss.

[5] Ibídem, p. 41. Valga la reminiscencia del caso "Lederspray".

[6] SILVA SÁNCHEZ, JESÚS, *La expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001, 2ª edición, p. 27.

también cuando, simplemente, se infrinja una relación especial de confianza (por ejemplo: en *Alemania*, art. 266 del Código Penal; en *España*, arts. 252 y 295 CP).

La jurisprudencia reciente ha tratado no pocos casos de esta especie y el delito de administración desleal, sobre todo, ha revelado un alcance notable. El *abuso de información privilegiada* está impuesto a los Estados Miembros por una Directiva de la UE sobre manipulación de mercados del año 2003.

Recurriendo la doctrina especializada a diversas nociones, como la de bienes jurídicos colectivos, universales o supraindividuales, incluyéndose a los intermedios (Tiedemann), que escapan a los extremos de su consideración estatal o individual, como son la normal competencia en el mercado, los derechos de los consumidores y usuarios, etc.,[7] se está consensuando la tendencia a considerar que el Derecho Penal económico engloba delitos que afectan bienes jurídicos diferentes a los tradicionales.

Claro está que la noción del interés social afectado, lo cual equivaldría, en esta tesis, al bien jurídico lesionado, repercutirá necesariamente en los contornos del Derecho Penal económico, por tratarse de su objeto de tutela.

Los delitos económicos lesionan la confianza en la economía con graves incidencias negativas en el bien común. Dejan traslucir la desigualdad social, siendo uno de los factores exógenos graves que afectan la criminalidad en general, por eso García Cavero, en visión jakobsiana, se aparta de esta posición entendiendo que los objetos protegidos por el Derecho Penal económico no son estáticos, sino expectativas sociales elementales de la economía.[8]

Zaffaroni, Alagia y Slokar, reflexionan sobre los peligros del Derecho Penal simbólico como medio de manipulación de la población que se traduce, a la postre, en la no adopción de soluciones reales para los problemas que conlleva la criminalidad económica, instaurando una legislación que solo cumpliría una función tranquilizadora de las demandas punitivistas de

[7] Ibídem, p. 39.

[8] García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico*, 2ª edición, Grijley, Lima, tomo I, 2007, p. 47.

la población en general, fomentada por los medios masivos de comunicación. En palabras textuales de estos jurisconsultos: "*Un caso particular de inadmisibilidad constitucional de un bien jurídico lo proporciona la llamada legislación penal simbólica. Se trata de casos en los que es claro que las normas que se establecen no tendrán eficacia para contener o paliar el fenómeno que se quiere abarcar, pero se pretende legitimar el ejercicio del poder punitivo mediante la invocación de la función de Paidéia que supuestamente, tendría la criminalización primaria. En rigor, se está confesando en estos casos que la ley penal no obtendrá los resultados que se propone –que quizá los agrave–, pero que se aprovecha el sistema penal para tranquilizar a la opinión pública y, de este modo, proveer al clientelismo político. Es verdad que casi siempre el poder punitivo procede de esa manera, dada la escasa o nula protección real que proporciona; en el llamado Derecho Penal simbólico esta característica general es tan manifiesta que, ante la imposibilidad de negarla, se opta por confesar abiertamente su designio manipulador de engaño al electorado*".[9] De esta forma, y no obstante que será válido, en su caso, partir de una tesis agnóstica de la pena, en cualquier caso, si la función de la criminalización primaria de los crímenes económicos es meramente simbólica, no cumpliendo ningún fin real que no sea el reforzamiento de la confianza en el funcionamiento del sistema, el mismo decaerá por su manifiesta ilegitimidad constitucional, al tratarse de delitos sin ofensa (art. 19 de la Constitución argentina).

Gracia Martín, en cuanto a la incidencia de la empresa en esta teoría, remarca que los delitos de empresa se cometen en un especial contexto y por un círculo de autores particular (*el empresario*), y afirma: "*El fundamento material de los delitos especiales no puede verse de ningún modo en la infracción del deber jurídico específico (extrapenal) que obliga a los autores cualificados, sino más bien en la* ***especial posición*** *y* ***capacidad de dominio*** *(****social****) de éstos sobre el ámbito social en que se hallan determinados bienes jurídicos que sólo se encuentran*

[9] Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2ª edición, 2002, p. 490.

necesitados de protección penal frente a determinadas acciones típicas de esos sujetos con dominio social, y no frente a las de quienes carecen de dicho dominio".[10] Es decir, la empresa al afectar el orden económico en sentido general, provocaría que la autoría empresarial ya no se defina por la titularidad de un deber extrapenal, sino por una posición de garante que el empresario ostenta con relación a una especie de fuente de peligro, que sería el *ámbito social* en el cual actúa.

De modo que, para ***tutelar*** ese orden económico, el Derecho Penal debería reaccionar ***criminalizando*** las conductas empresariales que dominen socialmente el ámbito en el cual se afectan determinados bienes jurídicos. Claro que esto no logra eliminar la objeción zaffaroniana referida a la tutela deductiva[11] del bien jurídico colectivo, cayendo la misma en la falacia.

En el caso de un grupo empresario que estafa a una cantidad gigantesca de consumidores con productos que se volverán inútiles al tiempo, simulando dolosamente una cesación de pagos para quebrar, ¿se afecta sólo el patrimonio de terceros o también el normal desarrollo del orden económico?, ¿es el orden económico un verdadero bien jurídico, o solamente una muestra más del llamado Derecho Penal simbólico?, ¿cuáles serán las consecuencias de esta idea de bien jurídico colectivo e individual?

Entendemos que debería realizarse el esfuerzo de determinar, siguiendo las advertencias de Zaffaroni, con una investigación más concluyente a nivel global, las consecuencias de dicha concepción que antepone un bien jurídico previo al bien jurídico individual afectado por el delito de empresa.

Creemos nosotros, que un Derecho Penal simbólico no se muestra como una herramienta que logrará evitar esta forma de criminalidad que tanto nos preocupa. Por ello debemos aunar esfuerzos para especificar, con la mayor precisión que resulte posible, hasta qué punto un Derecho Penal económico y de la empresa no finaliza siendo una muestra más de la proliferación penal que se está produciendo desde ya hace un tiempo.

[10] Ibídem, pp. 42/3.
[11] Obra citada, p. 486.

Si esta concepción significa renunciar al Derecho Penal de acto, para erigirse como una forma de anticipación de la tutela del bien jurídico individual, recurriendo a la creación de bienes jurídicos de largo alcance, de manera que se observen estos afectados ya por actos preparatorios contra el bien individual, pues consideramos que tal tesitura obliga, al menos, a la mesura y a no adoptar posturas apresuradas al respecto, teniendo en cuenta que se estaría cediendo terreno al denominado Derecho Penal máximo. Ahora, si la tutela de los bienes jurídicos colectivos requiere necesariamente de la intervención penal, no es una cuestión que esté lo suficientemente esclarecida.

Para Gracia Martín, también resulta elemental continuar con las investigaciones en este norte,[12] de lo que se deduce que toda exposición con pretensiones de exhaustividad estará, hoy, condenada al fracaso. No obstante, entendemos que resulta fundamental exponer mínimamente algunos problemas vinculados a la criminalidad empresaria y su gravitación en las nociones de autor y partícipe.

1.1. Actualidad, vigencia e impronta de la los llamados Bienes jurídicos colectivos

Gracia Martín, entiende que dentro del llamado Derecho Penal moderno se dan dos corrientes,[13] allí cabe incluir al Derecho Penal económico, sin olvidarnos que este vendrá acompañado de los delitos de empresa.

a. Una de las corrientes es de *resistencia a los cambios*; basado en la idea de que esta modernidad implicaría la renuncia a las conquistas del Derecho Penal liberal.
b. La corriente adversaria proclama la necesaria *adaptación de las estructuras jurídicas a la nueva fenomenología económica*.

Tal como lo admite el tratadista citado, este moderno Derecho Penal se orienta a "*la protección de nuevos objetos, sobre*

[12] Ob. cit., p. 38.
[13] Ob. cit., cap. 1, títulos IV y V.

todo del orden económico, que remiten a sustratos de carácter colectivo".[14]

Según los críticos de la postura que acepta esta modernización del Derecho Penal, el bien jurídico resultaría licuado, de manera que finalizaría transformándose o reduciéndose a la expresión de voluntad legislativa, con lo cual se abriría paso a una suerte de voluntarismo estatal, derivado en el mantenimiento de determinados sistemas considerados útiles; pero recurriendo a nociones abstractas, en desmedro de una caracterización más concreta, como ocurriría con los bienes jurídicos individuales.

Este discurso crítico de la modernización, concordantemente, resalta la proliferación de los delitos de peligro abstracto, motivado en el auge de la sociedad de riesgo, en donde el peligro que conllevan las nuevas tecnologías es aceptado como un precio necesario si es que se desea la continuidad de dicho progreso. Estos delitos, como es sabido, reciben la crítica de falta de definición de sus contornos, pues toda conducta que se muestre, aunque sea simbólicamente, apta para generar riesgo, bastará para que ofenda al bien colectivo. Implícitamente, se acusa a dichos tipos penales de violar el principio de lesividad por no requerir un peligro real, además de constituirse en delitos de pura desobediencia al deber.

Por ende, bajo esta lupa, y como ya adelantaramos, los tipos penales de peligro abstracto implicarían una clara anticipación de la punibilidad, por adelantarse a la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico individual.

Gracia Martín en referencia a la puesta en peligro concreto de estos bienes jurídicos colectivos expone que "*respecto de objetos macroscópicos y gigantescos como el patrimonio de la hacienda pública o el ambiente, los posibles efectos para ellos de una conducta individual de defraudación de una cuota tributaria o de un vertido con grados de concentración de metales pesados superiores a los permitidos, respectivamente, son hasta tal punto insignificantes que su comprensión como lesión o como peligro concreto de aquéllos substratos sólo podría sustentarse en una ficción*".[15] Sin realizar un análisis puramente

[14] Ibídem, p. 72.
[15] Ibídem, p. 77.

cuantitativo, mediante el cual sería posible verificar siempre el perjuicio, por mínimo que sea, una perspectiva cualitativa de la afección permite verificar que la acción delictiva, por sí sola, no lograría lesionar de un modo relevante al interés colectivo, en el caso de la evasión impositiva de una cantidad menor para el Fisco, pero quizá considerable para el particular. Pero sin mucho profundizar se observa que las sumas que deberían haber ingresado al erario hubiesen permitido incrementar el presupuesto para su inversión, por ejemplo, en educación.

Desde este punto de vista, parecería cierta la sospecha de que lo que se busca es una anticipación de la punibilidad o, la protección anticipada de las libertades ciudadanas debido a que un mayor presupuesto estatal debería permitir, en la fría teoría, mejores condiciones de vida en los habitantes.

La eventual anticipación de la lesión concreta al bien individual no debe desmerecerse automáticamente, sino que debe implicar la apertura al análisis de su viabilidad en el marco del Derecho Penal liberal entendido como garantista; es decir, verificar si la defensa de la modernización del Derecho Penal no implica la renuncia a los más arraigados principio del Derecho Penal clásico.

Será menester precisar muy cuidadosamente cómo es que la agresión al bien jurídico colectivo afectará la relación de disponibilidad del sujeto con respecto al objeto individual, si es que esto es posible, pues de lo contrario se abre la puerta al Derecho Penal simbólico, lo cual equivale a legitimar el poder punitivo a través del concepto tan temido de *bien jurídico tutelado*.[16]

[16] Con especial claridad expresan los autores en cita el gran equívoco que implica considerar *penalmente tutelado* al bien jurídico, siendo que el Derecho Penal no decide ninguna tutela y ésta, en todo caso, se constata en la órbita constitucional y del Derecho común extrapenal. Dicen los tratadistas: "*El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (de lege lata ni de lege ferenda). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este último termina acuñando un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido* ***bien jurídico tutelado****. El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del Derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir*

Seguimos en esto a Zaffaroni, Alagia y Slokar, considerando imprescindible axiomáticamente la necesaria afectación del bien jurídico como parámetro de respeto al principio de ofensividad. Entonces, la "lesión" al bien jurídico colectivo, justificada en una pretendida anticipación de la tutela del bien jurídico individual, se traduciría en la praxis en un juego dialéctico de estirpe hegeliana, en donde el quebrantamiento de la norma periférica (por ej.: orden económico, seguridad financiera, etc.) afectaría implícitamente a la norma principal (patrimonio individual) de manera que se configuraría una "lesión" de múltiples grados o aristas.

Muchas dudas y pocas certezas arroja esta deconstrucción doctrinaria ya que parecería que todo finalizaría mensurándose en parámetros puramente normativos.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, nuevamente realizan una advertencia sobre esta cuestión tan compleja: "*la admisión de tipicidad objetiva sin lesión y sin peligro para el bien jurídico, aunque afirmando la vigencia del principio, se racionalizó de diversas maneras, (a) La apelación a los riesgos remotos o presuntos con la pretensión de tipos de peligro abstracto fue sólo una de ellas, (b) otro de los recursos fue la creación de bienes jurídicos inadmisibles (una determinada concepción moral, por ejemplo), (c) por reducción al absurdo cabe descartar el argumento fundado en el riesgo de universalización de la conducta, pues no hay conducta que no sea peligrosa en ese sentido, (d)* ***por creación artificial o clonación de bienes***

resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: ***las normas protegen o tutelan bienes jurídicos****. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos en la mayoría de los casos, resulta con un valor de verdad falso. El concepto legitimante del bien jurídico (bien jurídico tutelado) es producto de una confusión incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal y con el carácter sancionador de ésta. En efecto: la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados (por la respectiva norma que lo manifiesta).* ***La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional****. El Derecho Penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional*" (ob. cit., p. 486).

jurídicos, entendiendo por tales la apelación a conceptos tan generales como inasibles: el orden público, el bien común, la paz pública, etc. *Se trata de valores generales que son innegables pero* ***no independientes****, pues no existen por sí mismos sino que son resultado de la efectiva vigencia de todos los bienes jurídicos particulares, (e) por último, recientemente se ha desarrollado una tesis que constituye una variable de la anterior:* ***se trata de erigir en bien jurídico un orden más amplio y previo****, producto de un* ***fraccionamiento del bien jurídico****, que consistiría en un general derecho a la seguridad, tutelado mediante una pretendida* ***norma flanqueante que permitiría el adelantamiento de la tipicidad a actos que desde el punto de vista del bien jurídico originario o no reproducido, clonado o fraccionado, serían atípicos****, pero que resultarían afectando el derecho a la seguridad. Con este argumento sería posible legitimar la conspiracy anglosajona o la confabulación de la ley 23.737 en versión de la 24.424 y, en general,* ***cualquier conducta por previa que sea al peligro de lesión****, dado que no hay acto preparatorio ni voluntad malvada que no implique un cierto riesgo a la seguridad. En la práctica sería posible legitimar como pretendidamente ofensiva cualquier conducta con la mera invocación del preámbulo constitucional. De este modo, el preámbulo serviría para obviar el art. 19 del mismo texto*".[17]

Nos hacemos una pregunta: ¿es necesaria la penalización de toda conducta que implique la *alteración* del desarrollo normal de las condiciones de los mismos? Aún no hallamos una respuesta contundente en la fuente de la doctrina; mas es evidente que por ejemplo el correcto y normal desarrollo de la competencia en el mercado, el derecho de consumidores y usuarios, el derecho al medio ambiente sano, al desarrollo sustentable, entre otros, son valores elementales en la sociedad de hoy, de manera que el Estado debe favorecer la tutela de los mismos.

"*El Estado debe tener injerencia en la preservación de los bienes jurídicos colectivos*", primer premisa que no debe llevarnos a la confusión de que esa tutela se deba legitimar necesariamente desde la órbita penal, pues el Derecho Penal no se

[17] Obra citada, pp. 492/493.

muestra, precisamente, como una herramienta solucionadora de los problemas sociales existentes, sino como una muestra de poder estatal que crea la ilusión de la resolución de los mismos, que es muy distinto.

Es claro que la *empresa* tiene injerencia en el desenvolvimiento de las vicisitudes de dichos bienes jurídicos: no se piense solamente en la criminalidad económica convencional, sino también en redes de operaciones mucho más complejas y que son protagonizadas por grupos empresariales, como el desarrollo de la explotación minera y petrolera, que finaliza afectando al mundo entero a partir de la fijación del precio del crudo, desestabilizándose a las monedas más débiles y alterando la competencia interna e internacional.

En un mundo globalizado, donde el aleteo de una mariposa en Nueva York genera una oleada bursátil en Buenos Aires, deja a las claras que la cuestión del bien jurídico colectivo, traducido en la vaga fórmula del *interés público*, trasciende y se escapa de las fronteras de la mera cuestión penal, que sólo es uno de sus múltiples aspectos de análisis.

En virtud del dilema que se desencadena, este trabajo, humildemente pretende delinear al menos sus contornos elementales, sin los cuales no podría realizarse un análisis saludable.

Entendemos que los bienes jurídicos colectivos, en relación con los individuales, se traducen en una serie de valoraciones generales que van descendiendo y decantándose hacia las valoraciones más concretas, de manera que pueden ser vistos como círculos concéntricos, siendo los bienes jurídicos colectivos la capa exterior protectora, mientras que en el centro del círculo se hallan los valores esenciales, que finalizan siendo individuales: la vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.

Gracia Martín, expone, y coincidimos con la raíz de su postura, que "*la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos deriva de la potencialidad de sus substratos para* ***maximizar la posibilidad de uso y consumo de los bienes individuales*** *en dirección a la satisfacción de necesidades e intereses legítimos y para la autorrealización personal a todos por igual. Este potencial de los substratos colectivos los hace "funcionales" para los bienes jurídicos individuales en la realidad social, en*

la medida en que prestan a éstos utilidades con virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal y la satisfacción de necesidades e intereses legítimos, y por esto ***tienen que ser pensados como antepuestos a los individuales****, en el sentido de que los circundan y complementan. Por esto, no adquieren la condición de bienes por sí mismos, es decir, por su valor intrínseco, sino sólo en razón de esa funcionalidad específica*".[18]

Con esto el destacado maestro nos enseña que los bienes jurídicos colectivos ostentan una doble función:

a. Una negativa, protectora, mediante la cual se busca la indemnidad de los bienes individuales, y la restante función es.

b. Una positiva, pues los bienes colectivos buscan promover el desarrollo de los bienes individuales.[19] En virtud de esta el bien jurídico colectivo, para su afectación no requiere, según el tratadista, de la lesión de ningún bien jurídico individual, pues la agresión al bien colectivo ya provoca una desvaloración de las posibilidades de disfrute de los bienes individuales. A ello debe agregarse, que la postura que exige para configurar la afectación del bien colectivo también la lesión de bienes individuales, "*pasa por alto que aquella funcionalidad se da sólo en la realidad social y no tiene por qué ser vinculante para la valoración jurídica ni, por ello, para la decisión sobre el alcance del tipo. La funcionalidad real de los substratos colectivos no fuerza a ninguna funcionalización también de la protección penal de ellos, la cual sería desde luego posible, pero a costa de una completa renuncia a la protección penal de los bienes jurídicos colectivos mismos,* ***pues de ese modo los tipos resultantes no podrían tener ninguna otra naturaleza que la de tipos de lesión o de peligro de bienes individuales***".[20]

De ese modo, la normal competencia en el mercado, el medioambiente saludable, la fe pública, la seguridad común,

[18] Ibídem, p. 132.
[19] Ibídem, p. 133.
[20] Ibídem, pp. 138/9.

el orden económico, etc., son valores que permiten el normal desarrollo de la vida en libertad; promueven una coyuntura fáctica que le permite al hombre hallarse a sí mismo en el mundo; su alteración afectará, en forma refleja, al hombre en *sus posibilidades de desarrollo*.

Ahora, esta aseveración, cierta a nuestro entender, en cuanto a la necesidad de la tutela de los bienes colectivos, en modo alguno significa que el Estado deba hacerlo por la vía de la represión penal. Si la tipificación delictiva de los delitos económicos en general, los cuales afectarían, además de los bienes individuales, los intereses colectivos, se traducen en una mera estabilización de la confianza ciudadana en la vigencia de las normas; entonces nos oponemos enfáticamente a la criminalización de tales conductas, pues el fortalecimiento de la confianza en el sistema sólo se basará en mentiras dirigidas por la vía de la penalización.

Creemos que será más útil la tendencia a la *reparación del daño* que a la mera *retribución* del autor, pues un simple encarcelamiento no se muestra como una medida que restaure las cosas a la situación anterior con respecto al perjuicio social.

La pena patrimonial se muestra socialmente más útil que la privación de la libertad de los responsables y es hacia esa dirección que está encaminándose el moderno Derecho Penal económico como respuesta.

Gracia Martín quizás se vea movilizado por esto cuando afirma: *"si el Derecho Penal moderno es conforme en todo con las garantías del Estado de Derecho, ¿en qué aspectos de él se produce la ruptura histórica que lo hace realmente moderno? Como he sostenido ya en otro lugar y quiero seguir sosteniendo aquí, la ruptura del Derecho Penal moderno del liberal radica esencialmente en la dirección de aquél* ***hacia la criminalización formal de la criminalidad material de las clases sociales poderosas****, la cual ha sido ignorada o tolerada casi en su totalidad, e incluso favorecida por el Derecho Penal liberal, gracias al dominio absoluto que aquéllas han ejercicio siempre sobre el principio de legalidad penal desde su invención en cuando instrumento formal que permite definir e incluir, pero que al mismo tiempo y sobre todo (…) también permite*

excluir comportamientos criminales en sentido material del discurso de criminalidad".[21]

Claro que esto no debe llevarnos a un análisis ingenuo de la coyuntura contemporánea, reconociendo que, como trae a colación Gracia Martín,[22] el Derecho Penal liberal ha implicado, desde el punto de vista histórico material, el triunfo de la burguesía sobre el sistema absolutista, de manera que, por la vía de la ficción del contrato social, se ha impuesto un sistema de prohibiciones orientadas a los bienes jurídicos individuales, que claramente ostentaban y ostentan en la actualidad, con el fin de preservar a la clase burguesa dominante. Como expresa Zaffaroni, el propio carácter estructural selectivo del sistema penal, tiende a atrapar mayormente óperas toscas; la visita de cualquier prisión en América Latina y del mundo lo demuestra, allí proliferan personas de los más bajos recursos, aquellos que no tienen acceso a la propiedad privada, en la práctica en manos de la burguesía, siendo escasos los casos de criminalización de personas de alto poder adquisitivo.

Partiendo de premisas sólidas y comprobables, Gracia Martín afirmaba que el sistema penal del Derecho Penal liberal funciona por y para los sectores poderosos, excluyéndolos formalmente de la criminalidad. El Derecho Penal liberal se presenta así como un *derecho de clases*. Desde este ángulo, es claro que no sólo no se penalizan sus crímenes desde el punto de vista material, sino que si se alcanza a los sectores que no detentan la riqueza.

Hoy, en un mundo capitalista, donde la premisa parte de acumular dinero para adquirir bienes y servicios escasos; es claro que quien cuenta con la mayor capacidad de acumulación de ese dinero (sistema universal de intercambio actual) cuenta con una enorme ventaja. Aquí es donde reside el dilema, el cual se traslada al fenómeno de la empresa contemporánea, en manos de grupos sociales que detentan el poder financiero mundial.

---

[21] Obra cit., pp. 87/8.

[22] Ibídem, cap. 1 título VII: "El carácter regresivo y perverso del discurso de resistencia".

Asimismo, paralelamente, hace su aparición el paradigma de la sociedad de consumo: acumular capital para adquirir bienes y servicios, siendo lo fundamental no la capacidad de trabajo, sino la capacidad de acumulación dineraria.

El sistema capitalista y la sociedad de consumo, notoriamente, benefician a quienes detentan el capital, y perjudica a quienes carecen del mismo.

Dadas las cosas así, el dilema es **la puja distributiva** frente a un panorama tan sombrío, donde el dinero es la clave y los bienes son escasos. Hoy esto se traduce en un combate entre el *Estado*, cada vez con menos recursos y menos efectivo, pues sin generar, solamente recolecta capital producido por las empresas, y las *empresas*, con un creciente poder adquisitivo.

Estas últimas generan ganancias para sí, conforme al sistema capitalista, y el Estado, que también funciona dentro de la lógica capitalista, debe obtener una porción de los recursos financieros generados por el empresariado, a fin de volcarlos, formalmente, al bien común.

Si con el nacimiento del Derecho Penal liberal, la burguesía buscó generar un espacio jurídico que le permita desarrollar el poder económico que hoy tiene, en la actualidad la coyuntura la lleva a buscar conservar ese status quo favorable a sus intereses a costa de las grandes masas empobrecidas.

Centralmente, los bienes jurídicos colectivos cumplen una noble función: tutelar las condiciones fácticas que hagan posible el disfrute de los bienes jurídicos individuales, lo cual implica la injerencia estatal, mas no necesariamente desde la órbita penal; ya dijimos que un sistema restaurador parece ser lo más indicado, máxime cuando hoy todo gira en torno a la puja distributiva.

2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA REPRESENTACIÓN. PENALIDAD

En el intento por resolver un problema de responsabilidad que se plantea en los delitos especiales (¿quien es responsable tributario o beneficiario?, etc.), se utiliza el concepto de "actuar en lugar

de otro" a la hora de imputar penalmente a algún directivo de la empresa, donde el sujeto físico no posee las características exactas indicadas en el tipo penal para responder por el delito.

De manera simple diremos que el actuar en lugar de otro se da cuando quienes actúan no reúnen en sí mismos las cualidades, condiciones y características típicas para ser autores del delito, las que sí están presentes en la persona en cuyo nombre se actúa.

Schünemann[23] coloca significación a la gran criminalidad que ha marcado a lo largo de estos años la denominada *responsabilidad penal del representante*, pues cuando el empleador o empresario es una persona jurídica, solamente puede actuar en su lugar una persona física, esto no se trata de otra cosa que de hablar sobre la transmisión de la posición de garantía; es decir, del dominio sobre el fundamento del resultado. Es a partir de esa transmisión del dominio, que el administrado o encargado, que es quien dirige el respectivo proceso de trabajo, mientras actúa como sub delegado, debe adoptar un deber de control. De este modo la posición de autor se infiere por completo reparto del dominio.

El citado tratadista concluye que el capítulo más importante del Derecho Penal económico y especialmente empresarial, en la teoría y práctica, es la determinación de responsabilidad penal por el actuar en lugar de otro, junto con la denominada responsabilidad del superior de la empresa, (es decir, la responsabilidad de los miembros superiores de la empresa por el comportamiento de los empleados a su cargo a raíz de una posición de garante).

Hablar de posición de garantía, es la solución perfecta a los problemas políticos criminales, ya que se imputa penalmente a quien domina el respectivo ámbito social en el que se origina los riesgos y decide también acerca de la lesión de los bienes jurídicos tutelados, así como cuando Jakobs asume la competencia por organización no como organización de poder sino como estructura puramente normativa a través de la injerencia.

[23] SCHÜNEMANN, BERND, "Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal: El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógica-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", Grupo Editorial Ibáñez y Universidad de Santo Tomás, 2007, pp. 195/228.

Se ha dicho, en torno a los delitos socio económicos, que el actuar en lugar de otro tiene una estructura simple: un extraneus que tiene acceso al dominio social del intraneus, y sirviéndose de este dominio al que accedió, realiza la conducta prohibida por el tipo, de modo equivalente a la que podría haber realizado el intraneus.[24] Silva Sánchez trae tranquilidad a la legalidad entendiendo que la aplicación será para los delitos contenidos en la parte especial del Derecho Penal,[25] mientras que el profesor Gracia Martín[26] muy genéricamente señala a quien actúa en lugar de otro, refiriéndose a todos estos terceros que acceden a un ámbito de actividad ajeno para realizar tareas relacionadas con aquellas actividades.

Pretender trasladar la cualidad requerida en el tipo al actuante, sin ningún respaldo legal, implica una clara afrenta al principio de legalidad, puesto que su resultado es la criminalización del administrador, aun cuando no reviste el carácter de *intraneus*. Evidentemente, debe existir, cuanto menos, una disposición legal que autorice dicho traslado.

2.1. Debate en el Derecho Argentino y Latinoamericano sobre la regla de "Actuar en lugar de otro"

La "*Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación*", presidida por el eminente Eugenio Raúl Zaffaroni, en su momento contempló en un artículo la regla de actuar en lugar de otro; éste es su texto:

Artículo 10: *Actuación en lugar de otro*

1. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o como representante legal o voluntario de otro,

[24] Rojo, Javier, "La actuación en lugar de otro en el Derecho Penal", en L.L., 28/01/08, 2008-A, p. 3.

[25] Silva Sánchez, Jesús, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Editorial Ad-Hoc Buenos Aires, 1998, p. 180.

[26] Luis Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Prensa Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1986, p. 60.

responderá por el hecho punible aunque no concurrieren en él las calidades legales del autor, si tales características correspondieren a la entidad o persona en cuya representación actuare.

2. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato fuere ineficaz".

Este es un intento saludable de incluir en el texto penal argentino una norma general expresa que permita evitar situaciones injustas.

En el texto de este anteproyecto, una nota esencial, es la relación de representación entre el actuante no cualificado y el no actuante cualificado, no restringiéndose el alcance únicamente a las personas jurídicas, sino a cualquier tipo de representación, legal o convencional, incluyéndose a las personas físicas como *intraneus*.

Otra cuestión relevante es que se incluye al *representante de hecho*, el que asume fácticamente el mandato, pues la nulidad del título no impide la aplicación de la regla (inc. 2), resultando este otro punto destacable, pues evita lagunas de punibilidad.

Claro que esta hermenéutica, muy superior al sistema actual del digesto argentino, que ni siquiera contempla una regla específica, aún no es derecho vigente, de manera que es una tarea pendiente que debe mover no sólo a la Argentina sino a toda América Latina al debate, para lograr el pleno respeto al principio de *lex strictae*, evitando artificios dogmáticos que llenen las tan temidas lagunas. La cuestión no está zanjada, de manera que siempre será fructífera la discusión doctrinaria para el hipotético texto legal futuro.

3. LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL COMO APARATO ORGANIZADO DE PODER

Se discute en el marco doctrinario si la empresa como tal puede conceptualizarse como una forma más dentro del género de *aparatos de poder organizados*, no implicando una cuestión de menor gravedad, pues la construcción roxiniana permitiría responsabilizar a un gerente por el actuar de un empleado que cumple una orden delictiva trasmitida a través de los diversos

escalafones existentes. En el caso de la empresa, debe focalizarse con mayor agudeza el análisis, pues deberían poder configurarse los requisitos conceptuales tradicionales para poder concebirla como aparato de poder, lo cual es más que dudoso.

La cuestión ha generado una verdadera polémica ¿se puede ensamblar la responsabilidad empresaria dentro de un aparato de poder?

Dice Meini, que en las empresas a diferencia de los aparatos de poder organizados estatales, no se persigue mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Incluso, cuando se compara una organización mafiosa con una empresa, se advierte que la sola pertenencia al grupo da a entender que quien recibe la orden está dispuesto a cometer el hecho delictivo, cuestión que no se puede predicar de una pertenencia a una empresa. Todo esto se cree que evitaría que exista un dominio sobre la organización en el ámbito de una empresa.

Carlos Julio Lascano dice que "*la solución más eficaz para un importante sector de la doctrina actual es acudir a la estructura de la omisión impropia para atribuir responsabilidad a los superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados. Para ello es necesario acreditar que los directivos ejercían una situación de competencia específica que les posibilitaba y obligaba a controlar los factores de riesgo para bienes jurídicos que puedan derivarse de las personas o cosas sometidas a su dirección. No obstante, debemos tener presente que, en tanto y cuanto la delincuencia empresarial tenga conminadas penas privativas de libertad, seguirá integrando el núcleo duro del Derecho Penal, debiendo rechazarse categóricamente cualquier intento de flexibilizar las reglas de imputación –como la ampliación de los criterios de autoría o de la comisión por omisión– como también los principios político-criminales de legalidad, mandato de determinación o culpabilidad*".[27]

[27] LASCANO, CARLOS, *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales. Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, Marcos Lerner Editora Córdoba; *La Lectura Libros Jurídicos*, Córdoba, octubre de 2001, pp. 349-389.

Teniendo en cuenta el planteamiento entre Roxin y Jakobs, sobre la admisión de la autoría mediata para uno, como la coautoría para el otro, vale preguntarse tal como lo hace Maximiliano Aramburen, si puede haber coautoría entre el autor directo y el autor mediato, a lo que éste responde que "*sólo negando la necesidad del acuerdo común o aceptando que éste se produce tácitamente por el hecho de pertenecer a la organización y aceptar ejecutar la orden, es posible hablar de coautoría. Pero, aun negando la coautoría y aceptando la tesis de la autoría mediata, si hay dos autores plenamente responsables (uno de ellos mediato, en virtud del dominio de la organización, y otro en su calidad de ejecutor directo doloso plenamente responsable), ¿son ellos coautores? Recuérdese que una de las particularidades de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, es que no prescinde de la responsabilidad penal del instrumento. Recuérdese también que en la doctrina tradicional, habiendo dos autores plenamente responsables, o habrá coautoría o habrá autoría accesoria*".[28]

De acuerdo a esta interpretación, podría pensarse que se trata de una amalgama entre diversas formas de autoría. En efecto, si el ejecutor actúa obedeciendo un auténtico plan de la organización que conoce y acepta llevar a cabo y lo hace con plena responsabilidad, por no concurrir en él ni error ni coacción (como sería en otros supuestos de autoría mediata), ese plan de la organización a la que pertenece como su último eslabón, constituye el primer requisito para predicar coautoría; a él se le suman la división de funciones que parece evidente, y también el dominio del hecho por parte del hombre de detrás, directivo de la organización. Habría, entonces, coautoría entre la autoría directa y la autoría mediata.

En la idea que elucubra Carlos Gómez Jara Diez, quien cita la opinión de Heine, concibe que la empresa no se encuentra desvinculada del Derecho, pues la totalidad de la organización no está dedicada a la comisión delictiva, de manera que no se

[28] ARAMBURO, MAXIMILIANO A., La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes, Medellín, octubre de 2006, Universidad EAFIT, recuperado de: http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1301/1173

configuraría uno de los recaudos elementales de esta forma de autoría mediata. A ello adiciona Gómez Jara Diez que, hoy se considera a la empresa como un *ciudadano responsable de la sociedad*, remarcando que la misma es una institución clave del sistema capitalista imperante, todo lo cual refuerza la conclusión de Heine.[29]

Señala Gómez Jara que también se ha intentado sortear este obstáculo recurriendo a una reducción del margen de desvinculación del sistema jurídico, de manera que no habría inconveniente alguno para englobar a aquellas empresas que se desvinculan sólo con respecto a éste o tal delito, como el caso de una multinacional que defrauda sistemáticamente al fisco en la determinación impositiva.[30]

En cuanto a la fungibilidad del ejecutor, la empresa moderna, caracterizada por una marcada descentralización y funcionalización, también apareja inconvenientes para subsumir a la misma en el concepto de aparato organizado de poder.

Gómez Jara Diez, entiende que la idea central está en definir el funcionamiento empresarial moderno no en forma lineal, sino que la información circula a partir de *una red de información descentralizada con conexiones transversales,*[31] lo cual complejiza enormemente el flujo de la información y con él, la forma de circulación de las órdenes en el marco empresarial.

El autor antes citado critica férreamente el criterio de la fungibilidad, partiendo de la alta especialización que requiere el mundo empresarial moderno para determinadas funciones corporativas, lo cual, en la opinión del tratadista, extingue la posibilidad de considerar que los miembros de la empresa son piezas absolutamente intercambiables.[32] Claro que, esta crítica se relativizaría cuanto menor sea la exigencia de especialización

---

[29] GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización?, algunas consideraciones críticas", artículo publicado en la obra *Cuestiones actuales del sistema penal: Crisis y desafíos*, Ara Editores, 2008, Lima, Perú, pp. 349/350. Sobre la conceptualización de *ciudadano responsable*, ver GÓMEZ JARA DIEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp. 248 y ss.

[30] Ibídem, p. 351.

[31] Ibídem, p. 352, con citas de Schünemann y Heine.

[32] Ibídem, pp. 358/9.

en el ejecutor, pues allí la fungibilidad cobraría una mayor relevancia, de manera que la cuestión parece transitar en qué escalafones podría aplicarse este criterio y en cuales no.

En lo que respecta a la trascendencia de la jerarquía, Gómez Jara Diez la caracteriza como *impredecible* y *no pronosticable*[33] pues ella también se observa relativizada en el contexto empresario, su mera existencia no la convierte en el eje en el cual se afinca la organización, considerando que la división del trabajo se caracteriza por su horizontalidad, y no por su verticalidad.[34] La información relevante no sólo circula de arriba hacia abajo, sino también a la inversa, lo cual instala el concepto de *heterarquía*. Claramente asoma la noción de incertidumbre.

La ya mencionada descentralización y funcionalización, lleva sin paradas intermedias a la heterarquía y con ella a la incertidumbre, todo lo cual flexibiliza la estructura jerárquica, de manera que pierde fuerza el concepto de *autoridad superior con poder de mando*, descartándose una rigidez que haga posible la cadena de mando roxiniana.

Véase que los miembros de un aparato de poder como organización mafiosa saben perfectamente que forman parte de tal organización, conocen y quieren los hechos antijurídicos que realizan. Existe uan suerte de temor y/o respeto que nace desde la subsistencia inmediata mínima de todos los miembros.

Por el contrario en la empresa será poco habitual que los subordinados persigan, a sabiendas, un objetivo ilícito cuando cumplan las órdenes, o que actúen con conocimiento de que con sus actuaciones parciales están contribuyendo a un hecho global delictivo planeado por el directivo. Todo esto dejaría de lado, de alguna forma, el hecho de que en la empresa se pueda apreciar con carácter general una predisposición del subordinado para ejecutar un hecho ilícito; es decir. Asimismo será poco frecuente que el hombre de detrás pueda ser considerado autor mediato en virtud del dominio sobre la organización, pues no podrá valerse de una predisposición que, por lo general, no existe.

[33] Ibídem.
[34] Ibídem, p. 354.

Es lógico pensar que la empresa se organice en función al reparto del trabajo, en donde operan diferentes mecanismos de coordinación y delegación, lo común será que si hay autoría mediata ésta se fundamente en el error del empleado.[35]

Aparece una variable muy importante: la distancia con el hecho. Conforme se desciende por la escalera jerárquica, menos información se poseerá, pero, a cambio, se intervendrá causalmente con mayor relevancia en la realización del hecho y, por lo tanto, serán frecuentes las actuaciones imprudentes.

Gómez Jara Diez cita a Thomas Rotsch, cuando afirma que debe negarse que exista una automatización que haga posible la instrumentalización y el control por parte del órgano empresarial superior, pues ello presupondría una previsibilidad de las consecuencias de la acción y la capacidad de la conducción del comportamiento, lo cual no se configura en la realidad empresarial.[36]

Gómez Jara Diez[37] por su parte formula objeciones y parte de que el dominio de la organización, conforme la deconstrucción roxiniana, tiene como disparador la *certidumbre* de que la orden se cumplirá por parte del inferior, no obstante la posible flexibilización a través del baremo de la *altísima probabilidad*. Entiende el tratadista que resulta una gran contradicción afirmar dicha certeza pero, simultáneamente, admitir la responsabilidad penal del ejecutor, basada en su libre decisión por el injusto, lo cual se traslada a la consideración de la famosa cadena de autores mediatos.

Arriba con ello finalmente a un punto neurálgico, existe una disyuntiva: o se afirma la mera probabilidad del cumplimiento de la orden, negándose la certeza y careciendo el hombre de atrás del dominio fundamentador de la autoría; o bien se afirma la certeza absoluta, perdiendo responsabilidad el ejecutor en virtud de su instrumentalización.

Según el crítico citado, el juego de silogismos por los cuales el hombre de atrás domina a la organización y ésta domina al

[35] HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, p. 33 ss. y HÄCKER, en Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, § 19/5. Recientemente, HILGERS, Verantwortlichtkeit von Führungskräften, p. 109.

[36] Ibídem, p. 360.

[37] Ibídem, pp. 361 y ss.

ejecutor no impide arribar a dichas conclusiones. Esto reedita la cuestión de la autoría mediata por dominio de la organización como mera instigación o como autoría, tema por demás antiguo en el tratamiento dogmático.

Gómez Jara Diez, al fin concluye que las discusiones dogmáticas no toman en cuenta, la importancia de que la organización empresarial se domina a sí misma. De esta forma, entiende el jurista que resultaría factible la construcción de un *nuevo nivel de responsabilidad*: el de la propia empresa, contrapuesto a la responsabilidad penal individual. Estos estamentos diferenciados de responsabilidad, si bien permitirían advertir relaciones mutuas, separarían los diversos ámbitos de punibilidad, en donde el dominio de la organización adquiriría utilidad explicativa.

En esta hermenéutica, las responsabilidades diferenciadas, concurrentes según la opinión del maestro de Múnich en su concepción general de los aparatos de poder, permiten fundar la fuente de las mismas en dos causas distintas:

a. El dominio del hecho en el plano individual.
b. El dominio de la organización en el plano empresario (opinión de Heine).

Así, la cuestión fincaría en admitir *que la ejecución individual es obra tanto de la persona física (ejecutor) como de la persona jurídica,* vale decir, existirían dos injustos, uno del propio comitente, y otro de la propia empresa. De tal modo, el principio de auto responsabilidad operaría, separadamente, en ambos niveles, pero no entre ambos niveles.

Si bien es interesante esta posición, puede advertirse que ella arriba casi a la misma solución final que la tesis roxiniana, en el caso de que se la traslade al fenómeno empresario, sólo con la variable de que, por la dudosa vía de la abstracción de dos injustos se afirma que existen dos niveles separados de responsabilidad penal; pero basados en un único hecho, de manera que se configuraría una suerte de concurso ideal subjetivo en un mismo delito.

Decimos *concurso subjetivo* en contraposición al tradicional concurso de delitos, que es *objetivo*, pues en este último y *en un mismo autor* concurren dos o más tipos penales, mientras

que la tesis de Gómez Jara Diez consagra un concurso subjetivo, pues *en un mismo tipo* concurren dos o más autores a realizarlo (individuo-empresa). Cabe la pregunta de si Gómez Jara Diez admite una coautoría entre la empresa y el ejecutor, lo cual choca con el problema de que es una misma persona (física) la que comisiona la totalidad delictiva, desembocando en un absurdo en esa hipótesis.

La mayor objeción contra la solución propuesta por Gómez Jara Diez, radica en la evidente incapacidad de acción que presentan las personas jurídicas, pues el artificio ideado por el jurista en comentario conlleva a una multiplicación de la reacción penal en virtud de una doble imputación, donde la acción del agente *humano* no solamente se atribuye a él, sino también al ente empresarial. Esto claramente es así una vez testeada su tesis desde el plano óntico y prescindiendo de posturas puramente idealistas.

Al mismo tiempo se pervierte la noción básica de conducta, entendida como acción *humana* voluntaria dirigida finalmente, pues no queda claro cuál es el fundamento del título de la imputación a la empresa, que es incapaz de obrar en forma humana y voluntaria. Visto así, si una misma acción humana genera dos títulos de imputación jurídico penal, demuestra ello que la empresa responde en forma objetiva, consagrándose una modalidad compatible con el *versari in re ilícita*, lo cual no puede aceptarse.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, aportan su valioso punto de vista sobre la cuestión y dicen: "*el impulso para dotar a las personas jurídicas de capacidad delictiva proviene de corrientes positivistas criminológicas y en general de las que son tributarias de la llamada defensa social, es decir de concepciones de fondo organicista. Posteriormente se sumaron argumentos de dirigismo estatal; en cambio en la actualidad pesan criterios de diferente signo ideológico, como los que provienen del desarrollo del Derecho económico, la defensa de la ecología y de los consumidores y, fundamentalmente, de criterios de defensa social para la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, lavado de dinero, mafia y corrupción pública). Pero, con todo, los argumentos que estos discursos punitivos ensayan no alcanzan a inhibir*

***el peligro de una tesis que altera gravemente el concepto de acción y su función política limitante**, especialmente cuando nada impide que el propio juez ejerza coacción reparadora y coacción directa sobre las personas jurídicas. En conclusión, la pena no resuelve conflictos, y el reconocimiento de la naturaleza no penal del poder ejercido por los jueces sobre las sociedades civiles o comerciales tiene la ventaja de someterlas a un modelo de solución efectiva, en vez de sujetarlas a una mera suspensión del conflicto. Desde esta perspectiva, quizá someterlas a **otro orden de sanciones** posiblemente contribuya a eludir la extrema selectividad sancionatoria del poder punitivo que, en el caso de penas a las personas jurídicas, se traduciría en una incidencia mucho mayor sobre las pequeñas y medianas empresas*".[38]

Si bien es muy creativa la posición de Gómez Jara Diez y por demás polémica la caracterización que da a la empresa, sin ánimos de restarle valor, consideramos que no se pueden tomar en base a esta, posiciones apresuradas; por lo que es prudente esperar una mayor evolución de la tesis para verificar su certeza o yerro.

[38] Ob. cit., p. 428.

CAPÍTULO 8

EXCURSUS

1. Bien jurídico Protegido. 2. Noción de Delito de peligro. Lineamientos básicos. 2.1. Distinción: Los delitos de peligro abstracto frente a los delitos de peligro concreto. 2.1.1. Peligro abstracto: Principios. 2.1.1.a. Principio de Lesividad. 2.1.1.b. Principio de Exterioridad. 2.1.1.c. Principio de Culpabilidad. 2.2. Delitos de peligro hipotético. 3. Quebrantamiento de deber. Generalidades. Fundamentación. 4. Omisión. 5. Error. 5.1. Conceptualización. Desarrollo. 5.2. Error en las causas de justificación. 5.2.1. Error de prohibición.

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Con la evolución de la dogmática jurídico penal tradicional el bien jurídico protegido se ha posicionado como un estándar que legitima la punibilidad, es este instituto una conditio sine qua non para el examen previo de cualquier ilícito. Desde lo prístino la protección de bienes jurídicos significó la base para el desarrollo del llamado principio de *lesividad u ofensividad*: el objetivo del ius puniendi solamente se vería legitimado a través del objetivo de proteger bienes jurídicos.[1] En rigor "*constituye un punto de partida y la idea que preside la formación del tipo*".[2]

[1] ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos", AAVV, en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*, Ed. Idemsa, Lima, 2007, p. 2.

[2] CORNEJO, ABEL, *Teoría de la insignificancia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, p. 32.

Se torna un imperativo pedagógico preliminar aludir que la Constitución Nacional (art. 19) acepta la regla que sólo las acciones que atenten contra el orden y la moral pública o perjudiquen a un tercero pueden ser objeto de punición. Así la afección debe ser a un bien jurídico aceptado en el marco de la Constitución Nacional o los Convenios Internacionales reconocidos.

Los autores clásicos tuvieron en común la utilización de un método racionalista, abstracto y deductivo,[3] por eso si cupiera analizar los delitos impresos en la parte especial del Código Penal, tempranamente saldría a la luz que se trata de un sistema clasificatorio de bienes jurídicos que tiene en cuenta la gravedad de los delitos.[4]

Es correcto pensar que la función del Derecho Penal se encuentra ligada estrechamente con la concepción que se tenga de la pena. Hay al respecto una bizantina discusión que versa sobre si la pena tiene algún fin o alguna función que incide en el tema abordado, porque compromete a la política criminal y el rol del Estado. De esta manera, "*se ha deducido que un principio fundamental del Derecho Penal es la exigencia de que todo delito constituya, por lo menos, la lesión de un bien jurídico*".[5] La fuerza que ha logrado en doctrina la teoría del bien jurídico es incuestionable de allí que no sea una hipérbole reafirmar con **Buompadre** que "*el Derecho Penal, tiene como misión fundamental la protección de bienes o intereses jurídicos*".[6] Estos bienes jurídicos a resguardar tienen "*trascendencia ontológica, dogmática y práctica*".[7]

---

[3] MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 3ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p. 155.

[4] La referencia histórica la encontramos en la famosísima Escuela Toscana del Derecho que tuvo por epicentro la Universidad de Pisa y por destacado "ordenador" a Giovanni Carmignani. Lo continuarán Carrara, Ferri, entre otros.

[5] CORNEJO, ABEL, *Teoría de la insignificancia*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006 pp. 34 y 35, con cita a: BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 34.

[6] BUOMPADRE, JORGE, "La tipificación del delito ecológico", en *Revista Penal* Nº 5, Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nor Este (UNNE), Corrientes, enero-abril, 1987, p. 7. En aval: "La protección de bienes jurídicos es la función de la norma penal". Cfr. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Función de la norma penal", *Rev. Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, 1973, p. 400.

[7] POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, "El bien jurídico en el Derecho Penal", Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie derecho, Nº 19, 1974, p. 22.

En los orígenes, la determinación dogmática de qué es lo que tutela el Derecho Penal fue difusa. Los estudiosos alemanes ya visualizaban una dicotomía en torno a qué se protege. **Birnbaum**, en la década de 1930, se opuso a **Feuerbach** con la idea de que el Derecho Penal tenía que proteger bienes y no derechos subjetivos. Así, en 1932, acuña el concepto intentando elaborar la idea de legitimar preceptos penales,[8] pero fue recién en 1934 cuando introduce este concepto cuya discusión actual transita especialmente en determinar cuáles serían los bienes que merecen ser protegidos por el Derecho Penal.[9]

El pensamiento de Feuerbach responde a una época donde las ideas iusnaturalistas y racionalistas logran eclipsar el régimen absolutista, de allí la importancia de los derechos subjetivos como algo plasmado en la naturaleza del hombre, base de derechos con la cual posteriormente formulará el contrato. En la idea de Birnbaum, el bien jurídico está visto como algo trascendente, y por ende, se encuentra más allá del Derecho, lo que hace que esta noción sea fundamento del plexo jurídico.[10]

El bien jurídico fue considerado el *interés de la vida* que el derecho no crea sino que se encuentra y eleva a la categoría jurídica. **Von Liszt** no dotó de concreto contenido al concepto de interés de la vida o condición de la vida o interés jurídicamente protegido de modo que el interrogante sustancial continuó. Fue tan solo querer poner un límite al legislador. Los valores, al decir de Amelung, no serían los dominantes sino de los que dominan. Por eso a partir de allí, la ciencia penal ha venido formulando sin cesar una multitud de enunciados discursivos sobre el objeto de la protección jurídico penal,[11] que se han cristalizado en el principio fundamental de que el Derecho

[8] JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, Bosch, Barcelona, 1981, p. 351.

[9] STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal. Parte General I, el hecho punible*, Edersa, Madrid, 1976, p. 4.

[10] BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal Español*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 51.

[11] En Binding es inmanente a la norma, en Von Liszt no están en la norma sino que ésta los protege. Puede verse: HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 13 ss.

Penal únicamente es legítimo para la protección subsidiaria de bienes jurídicos y como ultima ratio.

Roxin, con meridiana claridad, relata lo siguiente: *"La exigencia de que el Derecho Penal puede proteger bienes jurídicos ha desempeñado un importante papel en la discusión doctrinaria (…) El punto de partida concreto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por lo tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado"*. La función del Derecho Penal es tan solo preventiva, es decir, que debe ser edificada sobre la base de inhibir futuros hechos delictivos. Termina conceptualizando el tema así: "*los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*".[12]

Mir Puig cuestiona a Roxin diciendo expresamente: "*el planteamiento de Roxin es distinto porque no parte formalmente de la Constitución ni remite a su sistema de valores. No obstante adolece, todavía de insuficiente concreción. Basa su formulación en los límites propios del Estado democráticamente, único que admite (…) Roxin quiere incorporar a su planteamiento los cometidos del actual Estado social. La formulación expuesta es excesivamente incorrecta. En realidad sirve sólo para excluir la punibilidad de los hechos exclusivamente inmorales (…). En cuanto a la consecuencia que pretende extraer Roxin de su concepción, de que no cabe penalizar al puro ilícito administrativo, no se desprende de la limitación del ius puniendi a la protección de bienes jurídicos, sino del carácter subsidiario del Derecho Penal (…) la posición peca de excesivo naturalismo que sustituye a un verdadero desarrollo social del bien jurídico.*

[12] ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, t. I, 5ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2010, pp. 52, 55 y 56.

No es, creo, acertado decidir la idoneidad de un bien para ser objeto de protección penal, en base a que sea o no aprehensible por los sentidos".[13]

La crítica de Mir Puig no es del todo exacta, pues Roxin en realidad afirma que "*la concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos científicos (con cita de Hassemer)*".[14] Es una verdad tangible que los avances científicos develan nuevas formas de protección penal, lo que de suyo implica reconocer nuevos bienes jurídicos que pueden o no estar al amparo de la ley penal.

Recapitulando, es oportuno destacar que en sentido formal, **bien jurídico** es "*todo bien, situación o relación deseada y protegida por el Derecho*".[15] Es que el delito en su plano formal no es más que una conducta descripta y penada en la ley positiva.

En tanto en sentido material, el bien jurídico no parece posible aprehenderlo en la forma de un concepto clasificatorio,[16] sino sólo en la de un tipo o directriz normativa. **Alcácer Guirao** advierte, con razón, que "*más importante que el mero concepto de bien jurídico es el programa ético-político del que deban emanar los fundamentos, y los argumentos, de lo que se considera valioso*". El bien jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal[17] ni un valor ideal, sino una composición o síntesis entre un substrato de la realidad (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto).[18] El substrato es siempre una realidad con consistencia

---

[13] MIR PUIG, SANTIAGO, "Introducción a las bases del Derecho Penal", 3ª edición, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 116/118.

[14] ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 2010, pp. 57/58

[15] GRACIA MARTIN, LUIS, *Fundamentos de Dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 215.

[16] ALCACER GUIRAO, RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 77.

[17] MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Madrid, 2008, p. 162, Nº 40.

[18] Véase, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., 2008, p. 162; DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, en su *Política Criminal y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 35; ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico…?*, p. 72; SOTO

física o incorporal,[19] la valoración tiene que derivarse de las directrices axiológicas del programa ético-político fijado, y la relación entre el uno y la otra es de interdependencia, pues un substrato real sólo puede obtener el valor de bien jurídico en virtud de su potencial de realización de los fines y objetivos del programa ético-político. Los sustratos de los bienes jurídicos son así instrumentos que proporcionan posibilidades de acción para el logro de fines y de metas mediante su potencial de realización. Por esto, los bienes jurídicos tienen que comprenderse y explicarse como instrumentos dinámicos y funcionales, pues si como advirtió **Welzel**, toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos, entonces su existencia sólo puede comprenderse como un estar en función, dándole de esta manera un carácter dinámico. Vale así recordar las palabras de este insigne maestro: "*es misión del Derecho Penal la protección de los bienes jurídicos mediante el amparo de los elementales valores ético–sociales de la acción*".[20] En suma su concepto implica: amparar los valores elementales de la vida de la comunidad.

Hay de esta manera una fuerza social que conmina a aceptar la presencia de estos bienes, que por cierto no son ilimitados. Por esto mismo se sostiene que la necesidad de reconocer bienes jurídicos es consecuencia de la escasez de los sustratos con potencial de realización, y de que éstos son susceptibles de usos sólo alternativos y, en la mayor parte de los casos, excluyentes.[21] En base a este criterio se piensa que si los bienes jurídicos fueran abundantes y susceptibles de uso y consumo ilimitados para cualquiera, no sería necesaria ninguna distribución normativa de ellos conforme a fines ni, por eso, su reconocimiento como objetos dignos y necesitados de protección por el derecho. Y

NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, pp. 290 y ss.

[19] Este componente material es lo que permite comprobar empíricamente la existencia de un daño o de un peligro; véase ALCACER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico…?*, pp. 72 y ss.

[20] WELZEL, HANS, *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 6

[21] TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, RFDUCM, Nº 63, 1981, p. 131, y JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad. Norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 45.

puesto que la dinámica de los usos y consumos funcionales de bienes jurídicos produce siempre determinados efectos en el contexto social, y éstos generalmente tienen que ser soportados por los mismos bienes jurídicos utilizados o por otros distintos, de aquí tiene que resultar que, una vez que ya se ha reconocido a determinados sustratos reales como bienes jurídicos, tenga que resolverse otra cuestión ulterior cuyo objeto es la decisión política acerca de qué usos y consumos de aquéllos tienen que permitirse y cuáles prohibirse.

Con la idea de resguardar el *Bien jurídico* se buscó impedir la vaguedad e intangibilidad del objeto de protección. Sin duda esto también dependió del intérprete de otra manera no se explica cómo diversos doctrinarios difieren en torno a lo *que se protege*.[22]

Debe entonces aceptarse que existe una función limitadora en el Derecho Penal que se cumple a través de los bienes jurídicos. Esta función limitadora se ejerce *intrasistemáticamente* (en la dogmática jurídico penal y la hermenéutica) y *extrasistemáticamente* (de limitación al legislador). En esta inteligencia debe aprobarse el criterio que alude a una ulterior fase limitadora que va más allá de la afectación del bien jurídico, participando en la función mínima o reductora de la represión que porta el Derecho Penal (moderno y democrático) en sí mismo.[23]

En la doctrina alemana fue **Jescheck** quien dotó de consistencia y así adhirió a lo que podría llamarse una posición ecléctica que iguala jerárquicamente la infracción del deber y la lesión del bien jurídico.[24] Visto de esta manera se presenta como una lesión simultánea del bien jurídico y del deber.

---

[22] SANCINETTI, MARCELO, *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 60.

[23] Me estoy refiriendo al Derecho Penal mínimo que pone límites al poder del legislador orientándolo a que se puna sólo aquello indispensable. No es aceptable en este planteo el abolicionismo en tanto su fragilidad científica y negación del Derecho (Thomas Mathiesen fue el autor de la primera gran obra abolicionista: The politics of abolition –1974–) Frente a estas perspectivas, denominadas "utopías regresivas", surge el Derecho Penal mínimo como alternativa progresista (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995). El tema se encuentra desarrollado en PARMA, CARLOS, *El espejo convexo del Derecho Penal*, Fondo Editorial Universidad de Ciencias y Humanidades, Lima, 2013.

[24] JESCHEK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Ed. Comares, Granada, 1993, pp. 6, 7 y ss.

Lascano coordina sutilmente este criterio con el enfoque del modelo jurídico multidimensional propuesto por el eximio Profesor Cordobés **Fernando Martínez Paz**, donde ambas funciones del Derecho Penal, tutela de bienes jurídicos y de valores éticos, no son incompatibles entre sí y se condicionan recíprocamente toda vez que el derecho en sus dos dimensiones, como derecho positivo y como conjunto de principios ético – jurídicos, configura y perfecciona las relaciones jurídicas y sociales en forma de convivencia.[25]

En conclusión como puede claramente observarse la cuestión se transformó en un punto de vista dotado de respaldo legislativo. Ahora bien, debe valorarse que el bien jurídico no está recogido por el legislador al azar, surge en la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado con respecto a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestas y, por ello, éstos son productos de decisiones políticas dentro del sistema, cuyo contenido dependerá del grado de democratización de su sociedad y del respeto por los derechos humanos, es lo que viene a llamarse la política criminal o directrices de política criminal. Se sabe que las *funciones básicas del bien jurídico* son: **limitadora, sistemática, guía de interpretación y de criterio de medición de la pena.**

Pero si de función se trata, estrictamente en Derecho Penal moderno puede coincidirse plenamente con Roxin que "*la función del Derecho Penal depende de la concepción de la pena que se siga*", lo que significa decir que pueden existir tantas como la posición dogmática o criminológica que se adopte.

Debe sumarse algo más al análisis: el desarrollo científico del Derecho Penal y en especial de la dogmática jurídico penal[26] es central en el resguardo de la seguridad jurídica[27] y, de suyo,

[25] LASCANO (H), CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2002, p. 23.

[26] "Cuanto menos desarrollada esté la dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales y más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución de una persona". GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 158.

[27] "La seguridad jurídica necesita de una elaboración categorial y la integración de diversos conceptos jurídico-penales en un sistema, característica de los estudios dogmáticos". SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 43.

en lo que concierne al bien jurídico protegido precisamente en su función delimitadora y garantista.[28]

Sin hesitación es **Günther Jakobs** quien pone en vilo el sistema tradicional, sosteniendo que "*el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques (…) porque el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el Derecho es la estructura de la relación entre personas (…) así una persona encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona, precisamente a esos bienes (…) de esta manera, el Derecho Penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes (…) el Derecho Penal garantiza la vigencia en la norma*".[29] Si bien acepta que la doctrina dominante compromete a la norma en la protección de bienes jurídicos, su oposición puede ejemplificarse en estos dichos: "*la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico (…) por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques (…) El Derecho Penal como protección de bienes jurídicos significa que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona (…) En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de distintos institutos, como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo de aquél al que*

[28] Yacobucci entiende que "el concepto de bien jurídico ha perdido paulatinamente en los hechos esa capacidad limitadora o garantista dentro del Derecho Penal, por cuanto las normas penales asumen objetos difusos, intereses comunitarios de amplio espectro y modos de organización y planificación institucional". YACOBUCCI, GUILLERMO, *La deslegitimación de la potestad penal*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2000, p. 94.

[29] JAKOBS, GÜNTHER, ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, conferencia dictada en agosto de 2000, en el Poder Judicial de la Ciudad de Mendoza, Argentina.

ello le incumbe, y en esa medida sólo el cuidado suficiente por aquello que le compete".[30]

Debe considerarse que la teoría de Jakobs contiene gravísimas contradicciones,[31] las que se han focalizado especialmente en su concepción de culpabilidad como prevención general positiva y en la defensa de un *Derecho Penal del enemigo*, entre otras tantas. Pero aún dentro de su esquema, el ex profesor de Bonn, considera que la teoría del bien jurídico protegido tiene importancia en los casos de legítima defensa o de consentimiento del ofendido.

Resumiendo conceptos, el "*funcionalismo jurídico penal se concibe, dirá Jacob,– como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad"*.[32] Su visión se basa centralmente en que el ciudadano sea fiel al orden jurídico, pues el déficit de fidelidad indicará la culpabilidad del sujeto, de allí que sostenga que "*la culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas*".[33] Jakobs entonces, reemplaza la teoría tradicional del bien jurídico por una teoría centralmente basada en el daño social y bajo los siguientes parámetros:

a. La norma como bien jurídico protegido.

b. El sistema social como sistema de interacción institucionalizada.

Se protege la confianza en el cumplimiento de las expectativas, es decir, en las normas.[34]

El foco Jakobsiano no está puesto en la vulneración de bienes jurídicos puestos normativamente como una barrera sino que quien delinque quebranta una norma porque perturba a

[30] JAKOBS, GÜNTHER, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2001, pp. 28/29.

[31] PARMA, CARLOS, *Derecho Penal Convexo*, Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, La Paz, Bolivia, 2008, pp. 25/44.

[32] JAKOBS, G., *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal funcional*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 15.

[33] JAKOBS, GÜNTHER, *El fundamento del sistema jurídico penal*, ARA, Lima, 2005, p. 115.

[34] JÁEN VALLEJO, MANUEL, *Cuestiones Básicas del Derecho Penal*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 125.

la sociedad por haberse apartado del rol. Es decir que se comunica defectuosamente y esa comunicación defectuosa está desautorizada por la norma.[35]

De esta manera Jakobs piensa que la persona se realiza más en sus deberes, pues quien cumple en su deber podrá vivir de un modo más cómodo individualmente.[36]

Debemos advertir que el Derecho Penal perdería capacidad crítica al renunciar a la protección de bienes jurídicos y dejar libradas las relaciones intersubjetivas a las expectativas sociales como pretende Jakobs, pues es una puerta abierta al pasado, al Derecho Penal de autor y demuestra la correlación con el objetable Derecho Penal del enemigo. Éste aunque Jakobs lo refiera como un derecho de *emergencia o excepcional*[37] no deja de ser una regla, una ideología, una forma de consolidar lo anormal. Se ha hecho de "*la legislación de emergencia una cultura*",[38] por eso el propio **Hassemer** decía: "*la prohibición de una conducta bajo amenaza penal, que no pueda invocar un bien jurídico, sería terror estatal*".[39]

Roxin en forma mucho más clara y práctica defiende los lineamientos de lo que llama la protección subsidiaria de bienes jurídicos de parte del Derecho Penal. Piensa que si se prohíbe superar los límites del riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien supera mediante su actuar los límites permitidos del riesgo y éste se realiza en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido.

De esta forma la función del Derecho Penal en la visión de Roxin es la protección de bienes jurídicos, en tanto éstos no puedan ser salvaguardados mediante medios menos gravosos (como ser por ejemplo el derecho civil o lo que él llama medidas político-sociales). Los medios menos gravosos deben preceder al

---

[35] PARMA, CARLOS, *El Pensamiento de Günther Jakobs*, 2ª reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 97.

[36] JAKOBS, GÜNTHER, *Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 47.

[37] JAKOBS, GÜNTHER, *Fundamentos del Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 238.

[38] PARMA, CARLOS, *El Derecho Penal Frente al Espejo*, Universidad Católica de Cuenca, Ecuador, 2007, p. 46.

[39] ABANTO VÁSQUEZ, *Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos*, ob. cit., p. 229.

Derecho Penal, porque limitan menos la libertad del ciudadano en comparación con la pena, que muchas veces puede poner en peligro la propia existencia.

En base a las consideraciones anteriores, podemos apreciar que, más allá de las posiciones fundadas o críticas del bien jurídico, mayoritariamente se ha insistido en que lo que el legislador ha intentado es siempre proteger un bien jurídico. Un dato de aporte insoslayable surge del principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, que guarda concordancia con el principio de lesividad u ofensividad.[40] Para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica a este principio con la *máxima nullum crimen sine iniuria*. Es obvio que no se trata de cualquier bien jurídico sino de un bien jurídico penal (Mir Puig) aunque se le ha dado alcance a todo el ordenamiento jurídico.[41]

El maestro **Villavicencio Terreros** recuerda que históricamente este concepto de bien jurídico deviene del pensamiento de la ilustración, bajo la influencia de la teoría del contrato social que entendía al delito como lesión de derechos subjetivos. Destaca el Profesor Peruano el importante aporte de **Welzel** en la reelaboración del mismo como "*todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones*", aunque advierte que para el maestro del finalismo "*el bien jurídico no tiene una función autónoma dentro del Derecho Penal, carece de relevancia propia para la configuración de una teoría del delito (del delincuente) y de la pena*". Por eso para él sólo la norma y con ella los deberes ético-sociales tienen importancia.[42]

En suma la teoría de los bienes jurídicos con sustento constitucional, proporciona una base real, aprehensible y racional

[40] COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTON, TOMÁS, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 247.

[41] VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, pp. 95/96.

[42] VILLAVICENCIO T., ob. cit., pp. 98/99. Agrega allí en su análisis el concepto jurídico-constitucional del bien jurídico y el concepto sociológico del cual por razones de economía solo refiero.

a partir de la cual puede trabajar coherentemente el Derecho Penal y la política criminal.

2. NOCIÓN DE DELITO DE PELIGRO. LINEAMIENTOS BÁSICOS

Los delitos pueden consistir directamente en una *lesión* del bien jurídico mediante el daño o la modificación del objeto material a defender, pero también en el Derecho Penal se ha aceptado lo que ha venido a llamarse la *puesta en peligro* de un bien jurídico, donde precisamente no se exige el daño, sólo basta, valga la redundancia, describir un comportamiento o una omisión que haya puesto en peligro el bien a tutelar por la norma.

De esta forma en los delitos de lesión se produce un menoscabo o destrucción del bien jurídico, en tanto que los delitos de peligro se situarían en un momento anterior a dicha lesión.[43] La intensidad de afectación del bien jurídico hace a la distinción.

Dicho de manera simple los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión, en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar, suficientemente, los límites de la norma de cuidado.[44]

Súbitamente observamos que el delito de peligro no comporta la destrucción del bien a proteger, sino la creación de una situación tal que es probable que ese resultado lesivo se produzca. Por eso se dice: "*La naturaleza peligrosa de la acción no puede percibirse sino acudiendo a una consideración ex ante, porque el peligro existe en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción o la omisión del sujeto, con aquello quodplerumqueaccidit. Un juicio de tal clase carece de sentido cuando se formula ex post. El peligro pasado ya no es peligro, pues, presupuesto lo*

[43] BARBERO SANTOS, MARIANO, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1973, pp. 487 y ss. y p. 492.

[44] MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 1.

que realmente ha ocurrido, nunca pudo pasar otra cosa que lo efectivamente ha sucedido".[45]

Como el menoscabo real no se produce en el bien jurídico se señala en forma pacífica que se trata de un **estadio anterior a la lesión concreta.**

Mir Puig referencia a los delitos de peligro como un resultado que constituye la proximidad a la lesión del bien jurídico.[46]

En igual sentido, **Juan Bustos Ramírez**[47] se refiere a la "*probabilidad de lesión concreta para un bien jurídico determinado*".

Sintéticamente este tipo de delitos implican en sí mismo un adelantamiento de la intervención penal que bien puede explicarse por simples cuestiones de política criminal o bien por el progreso tecnológico, científico o industrial que la sociedad ha tenido desde la llegada del Derecho Penal liberal.

Precisamente por esta última razón, algunos de los pensadores más destacados del Derecho Penal de la primera mitad del siglo XX no aspiraron a recuperar la relación con las ciencias puras y su aplicación técnica, al ser conscientes de la potencia y autonomía que el progreso tecnológico había alcanzado.[48]

Para el Derecho Penal el reto no es, entonces, el conocimiento del todo inalcanzable de los avances científicos, sino la regulación de sus aplicaciones y efectos, así como el control de sus cada vez más amenazantes riesgos.[49] Tal vez entonces deban ser los órganos jurisdiccionales los que, de manera directa y concreta, en primera instancia, enfrentarán muchos y delicados problemas que la complejidad de la técnica plantea.

---

[45] RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA y SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, "Delitos de lesión y delitos de peligro", en *Derecho Penal Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, pp. 427 ss.

[46] MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. PPU (Promociones Publicaciones Universitaria), Barcelona, 1990, pp. 222 y ss.

[47] BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ariel, Madrid, 1994, p. 263.

[48] BECK, ULRICH, *La Sociedad del Riesgo*, Ed. Paidós, Madrid, 1995, pp. 23 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 42/52; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 61.

[49] ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 61 y ss.

Como una consecuencia necesaria del mismo desarrollo humano y por razones de política criminológica, aparece en el universo del Derecho Penal el empleo de la *norma penal en blanco* que intenta solucionar la tipificación de un bien intermedio con función representativa, situación prevista en los delitos de peligro, sobre todo abstracto, característicos de una sociedad de riesgos (siglo XX y XXI). Esta creación y aplicación de tipos penales de peligro originan importantes problemas de técnica jurídico penal para su comprensión y ejecución, con la consecuente inseguridad jurídica y, en muchos casos, una mayor intervención punitiva del poder estatal con escaso control del legislador.[50]

En apretada síntesis en los delitos de *peligro abstracto* se prevén conductas generalmente riesgosas. A modo de ejemplo puede aplicarse este temperamento al tipo de tenencia de instrumentos aptos para las falsificaciones (punibles) de moneda, sellos, marcas, etc. previsto y penado por el artículo 299 del Código Penal.[51]

Distinta es la temática en los delitos de *peligro en concreto* donde el comportamiento compromete la causalidad y cuestiones que la dogmática jurídico penal identifica con la imputación objetiva. Ejemplificativamente cabe pensar en el delito de falsificación documental donde no alcanza el mero obrar, verbigracia "el que hiciere en todo o en parte un documento falso (….)", sino que se exige la posibilidad del perjuicio. Tal postulado focaliza la puesta en escena de un juez que deberá valorar la aproximación a la violación del bien jurídico protegido en forma seria y real.

2.1. Distinción: Los delitos de peligro abstracto frente a los delitos de peligro concreto

Históricamente ha existido una separación en la temática: el *delito de peligro abstracto* es el presumido y el *delito de peligro*

[50] De la Cuesta Aguado, Paz, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 74.

[51] "Sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este título".

concreto es el que necesita ser investigado y probado en cada caso específicamente.

Centralmente la diferencia entre los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto radica en que el tipo exija que el objeto de la acción sea dañado, puesto en peligro, o que la acción desarrollada sea peligrosa en sí misma.[52] Sobre la distinción se dice que respectivamente deben responder a la realidad concreta o a la experiencia del legislador (abstracta).[53]

Véase entonces que en los delitos de peligro abstracto[54] el peligro es únicamente la ratio legis, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva.

De esta manera se impone mucha cautela al momento de aceptar la existencia de los delitos de peligro abstracto, toda vez que cualquier situación de riesgo que se produzca en el mundo exterior podría ser considerada un delito, considerándose una ofensa donde no la hay. Por ello hay que pensar con marcada prudencia estos conceptos, advertidos acerca de que, "*el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, deben partir de la premisa de que en los tipos de peligro siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real*".[55]

Debe reconocerse que es tal el imperioso avance de la progresiva legislación de los delitos de peligro en relación a bienes suprapersonales, que con frecuencia se ven vulneradas garantías sustanciales en miras de proteger la norma o intereses colectivos. "*La utilización por el legislador de formas vagas, abstractas y demasiado generales, no susceptibles de lesión puesta en peligro, inabarcables generalmente por el dolo del autor y que pueden*

[52] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Akal/Iure, Madrid, 1997, p. 154.

[53] BARBERO SANTOS, MARIANO, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", p. 489 en www. cienciaspenales.net.

[54] En doctrina diversos autores han referido a otros términos como delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial o de aptitud y delitos de peligro abstracto-concreto, entre otros. Estas apreciaciones, que responden a visiones sobre bienes jurídicos afectados, son sólo mencionadas pues su análisis excedería el tratamiento de esta tópica.

[55] ZAFFARONI, RAÚL, (ALEJANDRO ALAGIA - ALEJANDRO SLOKAR), *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 469.

ser vehículos para la introducción de ilícitos formales propios del Derecho administrativo".[56]

En abono a esta visión *Gracia Martín* extrema afirmando literalmente: "*el moderno Derecho Penal de riesgo se ha convertido en la primera, y tal vez en única, ratio en la defensa del orden social. Por ello, sería contrario a las garantías liberales de protección subsidiaria de bienes jurídicos y del recurso a la pena como ultima ratio. El lugar natural para la solución de los problemas específicos de la sociedad de riesgos, es decir, de la protección de seguridad; es el Derecho de policía, el Derecho administrativo sancionador, al cual pertenecen en propiedad los tipos de peligro abstracto hasta el punto de que no deberían tener espacio alguno en el Derecho Penal*".[57]

García Cavero explica que el liberalismo racionalista y también la Escuela crítica de Frankfurt mostraron su descontento con la aceptación de los delitos de peligro abstracto, que penalizaban ciertos comportamientos considerados socialmente negativos (Kampf gegen das Böse) constituyendo un progresivo abandono a la protección de bienes jurídicos con total falta de justificación científica y empírica, cuya aceptación sólo se podría explicar desde una visión sociológica dentro de la llamada sociedad de riesgos (Hassemer). Al aceptar este tipo de delitos en abstracto se constituye un Derecho Penal simbólico que no reduce la criminalidad y se limita sólo a aplacar los miedos de la sociedad misma (También: Prittwitz y Herzog). Este derecho afecta la vinculación del Derecho Penal con el bien jurídico, una garantía jurídico penal a la que también se orienta el sistema teleológico (Roxin).[58]

Los delitos de peligro abstracto no han tenido una acogida pacífica de parte de la doctrina penal Argentina. Puntualmente para **David Baigún**, un reconocido crítico, sólo son posibles los delitos de peligro concreto.[59] El riesgo debe ser potencial-

---

[56] RODAS MONSALVE, J. C., *Protección Penal y Medio Ambiente*, PPU, Barcelona, 1994, p. 100.

[57] GRACIA MARTÍN, *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo*, Ed. Idemsa, Lima, 2007, p. 87.

[58] GARCÍA CAVERO, PERCY, *Derecho Penal Económico*, ARA Editores, Lima, 2003, pp. 108/119.

[59] David Baigún sostuvo esta idea con fuerza en el Congreso de Hamburgo de la Asociación Internacional de Derecho Penal en el año 1979 donde se discutió la Protección Penal del Medio Ambiente. Fue avalado por Bustos Ramírez y Politoff.

mente apto para provocar un daño, entonces "*el riesgo es un resultado típico*".[60]

Preguntas sin respuestas sólidas hicieron que los delitos de peligro abstracto fueran inclusive cuestionados por inconstitucionales. Efectivamente, la demanda era que no existía una víctima determinada, que el bien jurídico protegido no estaba definido con claridad, que se adelanta la punición, que la conducta considerada lesiva es "ex ante", que el interés es sólo de la norma, que se violenta el principio de lesividad, etc.

De la Rúa y Tarditti abordan el tema en torno a las controversias acerca de la constitucionalidad de los tipos de peligro abstracto principalmente centradas en los principios de lesividad, exterioridad y culpabilidad. Transcribo el pensamiento de los coautores a continuación:

2.1.1. Peligro abstracto: Principios

2.1.1.a. Principio de Lesividad

En cuanto al principio de lesividad, se debate cuál es la conexión existente entre los delitos de peligro abstracto y los bienes jurídicos, dado la función limitadora que éstos cumplen para el Derecho Penal de cuño liberal. Esta polémica comprende a todos los delitos de peligro abstracto.

Desde esta perspectiva en las posiciones doctrinarias legitimantes de los tipos de peligro abstracto, hay una disparidad. Para algunas opiniones, esa vinculación descansa en una presunción del legislador acerca de la inherencia entre ciertos comportamientos con los posibles peligros para los bienes que son los mismos que se protegen en los delitos de lesión o peligro concreto (citan a Núñez y Roxin). Para otras opiniones no son los mismos bienes, ya que los delitos de peligro abstracto se tra-

[60] BAIGUN, DAVID, "Enfoques sobre la criminalización de los comportamientos lesivos del medio ambiente. Sistemas propuestos", AAVV, en "Protección jurídico penal del medio ambiente", Instituto de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho Penal y ciencias sociales, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1994, pp. 97/113.

tan de una suerte de protección anticipada por medio de bienes intermedios o de menor valor (sub-bienes) que funcionan como medios para tutelar otros de mayor valor (citan a Zielinski); o bien de ciertos estándares de seguridad que configuran bienes distintos pero también relacionados con los bienes jurídicos, las instituciones o la paz jurídica (citan a Jakobs y Schünemann). Asimismo existen posiciones que encuentran la conexión de los delitos de peligro abstracto con una especie de bien jurídico totalizador consistente en la garantización de la seguridad (Citan a Balcarce siguiendo a Kindhäuser).

En las antípodas, se encuentran las posiciones que rechazan la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto en base al principio de lesividad, pues se considera que éste sólo habilita los tipos de lesión y de peligro concreto y, por lo tanto, lo contradice la creación de ofensas artificiales sin un riesgo materializado para un bien jurídico determinado (citan a Zaffaroni). Se argumenta, en similar sentido, que cuando se presume la afectación de un bien jurídico, se mutan los postulados del Derecho Penal liberal por los del llamado *Derecho Penal de riesgo* (citan a Donna).

En nuestra opinión, continúan diciendo De la Rúa y Tarditti, ante la diversidad de los delitos de peligro abstracto contemplados en el Código Penal y las leyes complementarias, no parece posible aceptar puntos de vista genéricos tal como considerarlos en todos los casos inconstitucionales o, por el contrario, aceptar su regularidad constitucional. La distinción de diversos grupos, en cambio, mejora las posibilidades de particularizar las dificultades o no para el principio de lesividad.

En principio, debe destacarse que su regularidad siempre ha de estar enfocada en relación a un bien jurídico determinado, que será un interés individual o social valioso con base constitucional, es decir no un bien totalizador, ni un bien intermedio o estándares de seguridad para prevenir generalizaciones de conductas inconvenientes, porque estas caracterizaciones reemplazan o devalúan un concepto que cumple una función limitadora en el marco del Derecho Penal liberal. Es decir, en la medida que se profundiza en la función intrasistemática del bien jurídico y se identifica el conjunto de intereses con base

constitucional que el legislador abrevia con una expresión, no se tartará de un tipo de peligro abstracto.

2.1.1.b. Principio de Exterioridad

Puesto que existe una vinculación entre el principio de exterioridad por la referencia al hecho en el art. 18, como la protección de un ámbito libre de regulación estatal que deriva del art. 19 de la CN, ésta temática encuentra puntos de unión con un grupo de tipos de peligro abstracto, que incriminan la fabricación, introducción y conservación o tenencia de objetos que pueden ser aptos para cometer determinados delitos. En este sentido, pueden mencionarse como ejemplo los tipos que contienen esa clase de acciones referidas a instrumentos: "conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones" previstas entre los delitos en contra de la fé pública (art. 299, CP) y de armas de fuego (art. 189 bis, incs. 2, 3 y 4) entre los delitos contra la seguridad pública.

El punto de unión reside en que estos tipos son de peligro abstracto y desde la doctrina se los considera como actos preparatorios, esto es, como acciones que aún no configuran la tentativa de otro delito, v. gr., la falsificación de moneda con estos instrumentos, el empleo del arma para el robo.

A nuestro criterio, no se trata de acciones carentes de exterioridad ni de acciones privadas, ya que ni la fabricación, introducción al territorio nacional o conservación de instrumentos que sirven y son conocidos como tales para la falsificación de monedas, valores o documentos, ni la tenencia, fabricación o entrega inautorizada de armas de fuego, pertenecen a la esfera de libertad de las personas. Ello es así por cuanto existen regulaciones administrativas que estatuyen quién puede emitir moneda, sellos, valores, documentos o que establecen condiciones para otorgar permisos para tener, fabricar y comerciar armas. Desde esa perspectiva su incriminación no contradice el principio de exterioridad avanzando en la penalización de acciones privadas, pero el ámbito debería ser el de las contravenciones y no el de los delitos (citan a Reinaldi y otros), porque se trata de la

infracción de los deberes administrativos que deben observar los ciudadanos cuando realizan ciertas actividades monopolizadoras o regladas por el Estado por razones de interés público.

2.1.1.c. Principio de Culpabilidad

El cuestionamiento de los tipos de peligro abstracto desde el principio de culpabilidad reside en que si aquellos contienen una presunción de peligrosidad para los bienes jurídicos de las acciones comprendida, también pueden conducir a la presunción de culpabilidad en el sentido amplio de esta expresión, es decir, dolo e inviabilidad del error acerca de la inocuidad de esas acciones (citan a Donna y Bacigalupo).

En algunas opiniones, para evitar estas consecuencias se considera que la presunción de peligrosidad para el bien jurídico no es absoluta (iure et de iure) y, por tanto, puede ser desbaratada a través del aporte de prueba en contra demostrativa de la inocuidad de la conducta incriminada (citan a Bacigalupo). Con ello se procura solucionar la cuestión dentro del tipo objetivo evitando el problema con el error en el tipo subjetivo y en la culpabilidad. Esta admisión de la prueba en contra conduce a la conversión de los tipos de peligro abstracto en tipos de peligro concreto, pues implica incluir el peligro como un elemento del tipo objetivo, consecuencia que es controvertida por otras opiniones precisamente por esa nivelación (citan a Roxin, Cerezo Mir y Mir Puig).

En otra posición, se procura conciliar a los tipos del peligro abstracto con el principio de culpabilidad, exigiendo que ese riesgo no derive exclusivamente de una infracción objetiva, por ejemplo, la contrariedad entre la tenencia del arma con el régimen legal que prescribe cuáles armas pueden detentarse, sino también de al menos una imprudencia que requerirá de la perspectiva subjetiva del autor en torno a la falta de precaución adoptada para eliminar el peligro concreto (citan a Roxin). Mas esta alternativa es discutida por la inutilidad del requerir tomar precauciones cuando el peligro no existe (citan a Bacigalupo).

Las alternativas dogmáticas en el nivel del tipo (admisión de la prueba en contra acerca de la inocuidad, imprudencia en torno a la falta de adopción de medidas para eliminar el peligro concreto) presentan dificultades que no logran persuadirnos a favor de alguna de ellas. Y esto es porque quizás no puede pretenderse que todos los problemas se resuelvan en el ámbito del tipo objetivo, ya que resta para determinar el injusto nada menos que el nivel de la antijuridicidad. En ese nivel operan las causas de justificación, que podrán invocarse porque si bien actuará típicamente quien tiene o porta un arma en infracción con el régimen legal que regula la circulación de esos objetos, si actúa en estado de necesidad o legítima defensa, es decir en salvaguarda de otro bien jurídico que prevalece frente al peligro abstracto de la seguridad pública, no habrá injusto. Asimismo, fuera de esas situaciones, restará aún el nivel de la culpabilidad, ámbito en el cual se verá lo atinente al error de prohibición.[61]

Como puede advertirse, se trata de cuestionamientos y alternativas de soluciones que carecen de consenso doctrinario. Las apreciaciones precedentes sirven a los efectos de conocer los distintos puntos de vista, pero lo cierto y concreto en la práctica forense es que los considerados delitos de peligro abstracto sirven al juez en tanto lo liberan de hacer apreciaciones valorativas y probatorias. Se trata de respaldar al juez que *aplica* la ley, que es *la palabra de la ley*. En términos filosóficos: positivista pleno.

Este argumento de *solucionar un problema de prueba* es cuestionado por **Terradillos Basoco**, él refiere que son "*argumentos doctrinales no concluyentes cuando no francamente inadmisibles*". Agrega: "*Se ha afirmado su utilidad en cuanto instrumento idóneo para exonerar al juez de la, enojosa por compleja, obligación de verificar en concreto la corrección del pronóstico de peligro elaborado por el legislador. El juez se limitaría a constatar un presupuesto fáctico definido por éste, sin verse obligado a constatar la peligrosidad de cada comportamiento, dependiente de variables a veces inaprensibles. Con*

[61] De la Rua, Jorge y Tarditti, Aida, "*Derecho Penal. Parte General*", *tomo 1,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 324/332.

ello, se dice, se garantizaría también el principio de igualdad (con cita de Heine)".[62]

Los delitos de peligro abstracto bien podrían ser considerados una categoría residual de los llamados delitos de mera actividad en los que el legislador ha seleccionado y tipificado determinadas conductas por la gravedad que contienen para la comunidad. Tales conductas son de una entidad tal que generalmente llevan en sí mismas implícita una lesión para el bien jurídico. Consideramos que esta construcción, en principio "jure et de jure" de peligrosidad, que excluye la comprobación judicial de la creación de un riesgo desaprobado por la norma que violenta el bien jurídico protegido, se la cuestiona con razón puesto que no satisface los requisitos mínimos de la lesividad material. Se mueve en un mar de presunciones.

Mir Puig en su "*Derecho Penal*" 10ª edición (año 2015), no le resta valor a los delitos de peligro abstracto, sin dejar de formular observaciones: "*Los delitos de peligro abstracto no requieren ningún peligro efectivo, por lo que sería dudoso que se explicasen como verdaderos delitos de peligro (con cita de Rodríguez Devesa). Debería a lo sumo hablarse de peligro presunto (…) En el delito de peligro concreto habrá proximidad de lesión, al bien jurídico protegido, mientras que en el de peligro abstracto basta la peligrosidad de la conducta, que se supone inherente a la acción. Ambos son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo el peligro (…) El peligro exige una conducta ex ante, no de resultado*".[63]

2.3. Delitos de peligro hipotético

No se puede confirmar científicamente y con rigor absoluto el peligro en el resultado. Tampoco se lo puede descartar absolutamente.

---

[62] Terradillos Basoco, Juan, *Derecho Penal del Medio Ambiente,* Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 49.

[63] Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición actualizada, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 238/239.

En base a esta premisa, debió buscarse algo que no fuera una mera presunción legal. Entonces la doctrina condujo su propio saneamiento. Se buscó el pase de un esquema interpretativo cerrado hacia una *presunción juris tantum* de forma que cupiera la prueba en contrario de la mentada peligrosidad.

Devenía otra cuestión a valorar: en los delitos de peligro abstracto coexistían dos grupos de delitos:

a. **Delitos de peligro abstracto formales:** meramente formales, sin contenido de antijuridicidad que justificasen su punición.
b. **Delitos de peligro abstracto materiales:** cuya conducta crea una situación de riesgo insostenible para el bien jurídico.

Efectivamente los llamados delitos abstractos formales al no afectar bien jurídico muestran su carencia de constitucionalidad en tanto los delitos de peligro abstracto materiales justificaban la intervención penal respondiendo a la posible y cierta afectación del bien jurídico, en respuesta a los principios del Estado de derecho.

La distinción de éstos con los anteriores llevó a la doctrina a utilizar distintos nombres, a saber: delitos de peligro abstracto-concreto; delitos de peligro presunto; delitos de peligro potencial; delitos de peligro idóneo; delitos de peligro hipotético, etc.

Torío López precisaría más la cuestión en "*Los delitos del peligro hipotético*" al distinguir dos escalas diferentes dentro del mismo concepto de delitos de peligro abstracto, los **delitos de peligro hipotético o de idoneidad** (auténticos delitos dotados de lesividad material para el bien jurídico) y **los delitos de peligro abstracto**; categoría residual donde, ahora sí, se agruparía el resto de los delitos meramente formales, de desobediencia o consistentes en la violación de normas ético-sociales o ético-religiosas y sobre los que no queda más que reclamar su inconstitucionalidad.[64]

Torío López entiende que el peligro debe ser siempre verificado, pues "*si se prescinde de la verificación del peligro estableciéndose una mera presunción de derecho conlleva el riesgo de*

[64] De la Cuesta Aguado, Paz, *Tipicidad e Imputación Objetivo*, concordado por Carlos Parma, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998, pp. 85/88.

incriminar únicamente la desobediencia".[65] Esta novedosa idea no descarta en absoluto la peligrosidad de la acción del sujeto, eso debe valorarse, pero no admite la mera presunción ratio legis del peligro ni mucho menos el peligro concreto o efectivo.

Estos delitos de peligro hipotético,[66] se exhiben entonces como una categoría *intermedia,* entre los de peligro concreto y los de peligro abstracto, que entraña un riesgo grave al bien jurídico protegido. Esta idoneidad de carácter lesiva, debía ser entonces un requisito del tipo motivado por la *idoneidad en el comportamiento del agente*.

Tal análisis interpretativo busca una solución a la difícil probanza de los delitos de peligro concreto, encontrando un territorio fértil para fomentar esta tesis en los delitos contra bienes jurídicos colectivos, en especial los que se refieren al medio ambiente, aunque gran parte de la doctrina siga aún insistiendo en que son delitos de peligro abstracto.[67]

"*La doctrina española, destaca la contribución de Torío, quien estima que sólo pueden incluirse en el ámbito del sistema penal, los delitos de peligro hipotético; aquellos en los que se acredite la peligrosidad de la acción (desvalor de la acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado), con lo que deben excluirse del sistema los delitos de mera desobediencia*".[68]

3. QUEBRANTAMIENTO DE DEBER. GENERALIDADES. FUNDAMENTACIÓN

En este acápite y en el siguiente de la obra, se retoma y se desarrollan nuevamente temáticas en un intento de sintetizar y aclarar sus implicancias.

---

[65] TORIO LÓPEZ, A., *Los Delitos de Peligro Hipotético*, ADPCP, 1981, pp. 825 y ss.

[66] Torío López ha trabajado en España en forma considerable la temática. Conf. TORIO LÓPEZ, A., *Los Delitos de Peligro Hipotético* (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). ADPCP, 1981, pp. 825-847.

[67] TIEDEMANN, KLAUS, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993, pp. 214 y ss.

[68] MATA y MARTIN, RICARDO, *Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro*, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 55.

Hay tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción (por ejemplo robo agravado, homicidio agravado, etc.) pero también están los que excluyen el dominio para su configuración y se constituyen sobre la base de un deber especial que le corresponde al radio de competencia del autor, es ésta última visión, según varios autores, la que se refiere a los delitos cometidos por servidores públicos.[69]

La infracción de deber es fácil entenderla si se piensa en un funcionario público que ocupa un rol especial y desde allí se incardina con el injusto. La responsabilidad penal que se le reprocha es la lesión de un deber específico, por lo que es irrelevante si la conducta es por acción o por omisión. Otra forma de simplificar sería pensar que la existencia en este tipo de delitos finca en la necesidad de encontrar una salida al obstáculo de los delitos de dominio.

La complejidad está dada porque los deberes que se infringen no aparecen establecidos expresamente en la Ley (como sucede a veces respecto de los padres para con los hijos), pues en otras ocasiones los deberes surgen de diversas normas legales de forma expresa, tal el caso, de los funcionarios judiciales.[70]

Roxin fue quien en el año 1963 puso en marcha esta idea, enseñando que en principio sólo un "intraneus" puede ser autor de los delitos cometidos por funcionarios.

Claus Roxin diagrama su esquema entendiendo que la responsabilidad surge de deberes especiales, éstos son de naturaleza extrapenal. Son realidades previas al tipo penal. Dirá que se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho.[71]

El tema llevó la discusión dogmática al punto del autor especial. Sin embargo inmediatamente se pensó que no es la

[69] PARMA, CARLOS y GUEVARA VÁSQUEZ, IVÁN, *Autoría y Participación Criminal*, Editorial Ideas, Lima, 2015, pp. 65 y ss.

[70] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Delito de infracción de deber", en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje a Günther Jakobs*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 275.

[71] ROXIN, C., *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo de la 6ª ed. alemana, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 42 y 429.

condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta lo que convierte a un sujeto en autor: más bien, es el deber específico, que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica, de los implicados comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría.[72]

De ese modo *"está claro que el que, cooperando en la división del trabajo con otro, realiza el tipo de un delito de infracción de deber, no por eso tiene que ser coautor"* agregando "*hay que descartar completamente la idea del dominio del hecho, no basta en los delitos de infracción de deber para fundamentar coautoría, pues si se quisiera requerir para la autoría, junto a la infracción del deber, además del dominio del hecho, los partícipes se dividirían en dos grupos completamente heterogéneos: en señores del hecho con deber de lealtad y en obligados a lealtad sin dominio del hecho (lo cual eliminaría el concepto unitario de participación en los delitos de infracción de deber)*". En síntesis dirá Roxin que se trata de tipos penales donde únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal, que existía ya con anterioridad a la formulación del tipo.[73]

En la infracción a un deber, es común escuchar que sólo se acepta la autoría directa:[74] "*Los deberes institucionales son directos y personales, es decir no se pueden delegar ni compartir. Por eso su quebrantamiento también es de la misma*

[72] Existen tipos penales que per se no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que –dicho en términos más directos– sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el intraneus puede ser autor. En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, "el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no".

[73] ROXIN, CLAUS, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005, pp. 386/389.

[74] SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON, XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal, 2004, Lima, Universidad Mayor de San Marcos de Lima, "La participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber". Editado por UNMSM, Lima, 2004, pp. 427 y ss.

naturaleza, esto es, sólo puede realizarlo el intraneus. En esa línea, en los delitos de infracción de deber, no tienen cabida la autoría mediata ni la coautoría, porque si los deberes positivos especiales no se pueden delegar ni compartir, entonces la infracción no se puede realizar de manera mediata ni compartida. Como se sabe la autoría mediata y la coautoría requieren que el autor configure los elementos del injusto de forma mediata y compartida respectivamente. Sin embargo, en los delitos de infracción de deber, el intranets, en tanto se encuentra vinculado inmediata y directament, no puede realizar, en forma mediata o compartida, los elementos normativos del hecho típico y antijurídico. Por tanto, en estos delitos, sólo es posible la autoría directa".[75]

Cuando se trata el tema del *extraneus* aparecen en el universo dogmático jurídico tres posiciones que intentan explicar la infracción en los delitos especiales desde la **Ruptura del Título de Imputación** (los delitos especiales sólo se refieren al intraneus), o bien desde la **Unidad del Título de Imputación** (admite la sanción del extraneus como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor intraneus) y la más conocida y aceptada "la **Teoría de los delitos de Infracción de Deber** (Roxin).

Véase que el carácter subjetivo del intraneus se muestra como un límite al principio del dominio del hecho, pues el extraneus, por más dominio que ostente del curso del acontecer, no reviste la titularidad del deber a infringir, no puede quebrantar las expectativas ciudadanas, pues no son dirigidas las mismas a su persona.

Imputarle la comisión del delito de infracción del deber, cuando él no es destinatario del cumplimiento del mismo, implica la construcción judicial y analógica de un *tipo penal in malam partem*, solución no acorde con las máximas de un Estado Constitucional de Derecho, por ello se puede sostener con solvencia que en los delitos de infracción deber sólo puede

[75] SALAZAR SÁNCHEZ, N., "Autoría en los delitos de infracción al deber", en *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa Editora, Lima, 2007, p. 575.

realizar o materializar el tipo penal la persona sobre quien recae el deber quebrantado.

En los delitos de infracción de deber el fundamento último de la punición es también la lesión del bien jurídico protegido, en tanto que el incumplimiento del deber especial fundamenta tan sólo la autoría. Dicho de manera sencilla: se observa una relación institucional de un sujeto especial que ostenta un deber de comportamiento solidario. Lo que se defrauda es la confianza que se deposita en el rol institucional.

La especialidad denota la existencia de un *intraneus*: un sujeto que tiene una calificación y cualificación exigida por la norma. El caso ejemplificativo suele ser el Juez en el delito de prevaricato, donde sólo puede hacerlo el intraneus de propia mano, es decir sólo éste puede ser autor.

Buompadre bien lo dice: "*En los delitos especiales, el intraneus es el sujeto que posee la calificación requerida por el tipo penal*".[76]

Jakobs ha tratado –desde 1983– los delitos de infracción de deber exhaustivamente considerando que el primer fundamento es la lesión a los deberes en virtud de competencia de organización (en Roxin son los delitos de dominio) luego, en virtud de la competencia institucional, el fundamento de la responsabilidad penal está dado por la inobservancia de deberes especiales.

En el Derecho Penal el deber general más importante es no dañar al otro. Esta máxima, *neminem laede*, es tan antigua como conocida (Santo Tomás, Hegel, etc.). Aquí está la base de los delitos de dominio, donde no se necesita ser ningún sujeto especial: respeta al otro como desearías que el otro te respete a ti.

Jakobs[77] propone distinguir, además de la acción y la omisión, otros dos fundamentos, concurrentes con los anteriores, de la responsabilidad penal: la *responsabilidad por la propia organización*, como contrapartida del Derecho a la libertad

[76] BUOMPADRE, JORGE, "La prevaricación judicial en el Código Penal Argentino", AAVV, Libro Homenaje a Claus Roxin, en "Nuevas formulaciones en las ciencias penales", Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ed. Lerner, Córdoba, 2001, p. 569.

[77] Loc. cit. p. 220. Ver también: M. PAWLIK, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999.

que el Estado garantiza, y la responsabilidad proveniente del incumplimiento de *deberes institucionales*, impuestos a los ciudadanos por el Estado. La contrapartida de la libertad son los *deberes negativos*, no dañar a otro (*neminem laede*); los deberes emergentes de las instituciones son *deberes positivos*, que imponen una prestación en beneficio de la sociedad fundamentada en la solidaridad.[78] Por *instituciones* se entienden las fuentes de deberes que son determinantes para la identidad de la sociedad. Son elementos de la configuración de la sociedad, junto a la responsabilidad basada en el simple abuso de la libertad.[79]

Esta nueva distinción en el ámbito de las prohibiciones y los imperativos proviene de una consolidada tradición liberal. En efecto, *John Stuart Mill*, que puede ser tomado como ejemplo a este respecto, dice en su ensayo sobre la libertad:[80] "El único fin que justifica la intervención, colectiva o individual, de la especie humana en la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes es su propia protección. El único propósito que justifica el uso del poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás".[81] Y agrega: "Hay también muchos actos positivos para beneficio de otros, que el individuo puede ser obligado jurídicamente a realizar, tal como atestiguar ante un tribunal de justicia, asumir el papel que le corresponda en la defensa común, o en cualquier otro trabajo de equipo necesario en interés de la sociedad de cuya protección disfruta, asimismo llevar a cabo ciertos actos de beneficencia individual, tales como salvar la vida de un semejante, o interponerse para proteger a indefensos maltratados; cosas por las que, en tanto constituyen obviamente deberes del hombre cumplirlos, permiten hacerle jurídicamente responsable ante la sociedad si no lo hace".[82]

[78] Confr. G. JAKOBS, loc. cit., p. 783. J. SÁNCHEZ-VERA, loc. cit.

[79] Confr. G. JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung, 1996, p. 32, entre otras publicaciones del autor. Similar es el esquema normativo propuesto por U. KINDHÄUSER, Strafrecht, BT II, 1, 1998, p. 33 y ss.

[80] J. STUART MILL, On liberty, 1859, cit. según la edición de D. NEGRO PAVÓN, 1991.

[81] Ibídem, p. 74, similar pp. 172 y s..

[82] Ibídem, pp. 76 y s.

Finalmente concluye: "hacer a uno responsable por el mal que haya causado a otros constituye la regla general; hacerlo responsable por no haber impedido el mal es, comparativamente hablando, la excepción".[83]

Traducido a términos penales: en una sociedad basada en el libre desarrollo de personalidad, la libertad sólo puede ser limitada legítimamente de dos maneras diversas: por un lado a través del deber general de garante que surgen como contrapartida de la libertad, que se extiende hasta donde comienza el derecho de los otros, y, por otro lado, mediante deberes de garante que surgen de la posición jurídica del sujeto en el marco de una institución y que limitan la libertad por razones de solidaridad.

Esta diversa configuración de los deberes tiene consecuencias dogmáticas que se manifiestan, en primer lugar, en la *noción de autoría*. En los *delitos de abuso de la libertad*, que infringen el *neminem laede* la autoría se define por el dominio del hecho (dominio de la propia organización, es decir de la forma en la que el autor se relaciona con el mundo de los demás), se trata de *delitos de dominio*. En los *delitos de incumplimiento de deberes institucionales* la autoría se define por la infracción del deber: son delitos de *infracción de deber*.[84] Ambas categorías deben tener un régimen especial de *accesoriedad*: mientras en los delitos de dominio la participación es accesoria del hecho del que obra con dominio del hecho, en los delitos de infracción de deber la participación es accesoria del hecho del titular del deber que lo infringe, aunque éste no tenga el dominio del hecho que produce materialmente el resultado.[85]

En segundo lugar la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber implica una diferenciación de las

[83] Ibídem, p. 77. Similar G. JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, citado.

[84] La categoría de los delitos de infracción de deber ha sido formulada por primera vez por C. ROXIN, Täterschfat und Tatherrschaft, 1ª edición 1963. 2ª edición 1967, p. 352 y ss. ROXIN definió los delitos de infracción de deber como aquellos que los que el tipo penal contiene la infracción de un deber extra-penal. *Jakobs* por el contrario, los define como delitos en los que el autor infringe un deber institucional, independientemente de la estructura del tipo (confr. SÁNCHEZ-VERA, loc. cit. p. 27 y ss., 37 y ss.; S. BACIGALUPO, loc. cit.).

[85] Confr. S. BACIGALUPO, loc. cit.

fuentes de los deberes en los *delitos de omisión*. En estos delitos la responsabilidad se configura restrictivamente: requieren un fundamento jurídico especial, es decir, un expreso mandato de acción. Estos mandatos de acción también deben ser distinguidos según que sean consecuencia del *neminem laede* o de la *solidaridad*. En todo caso, la responsabilidad, por acción o por omisión, tiene un *mismo* fundamento jurídico; que quien tiene la obligación jurídica de alimentar a otro tenga prohibido quitarle los alimentos o esté obligado a proporcionárselos, "no es una cuestión del fundamento jurídico, sino un estado casual de la exterioridad de las cosas".[86]

Los deberes de actuar que provienen del *neminem laede* no se fundamentan en la solidaridad, sino, como en los delitos de dominio, en la consideración y el respeto que merecen las otras personas.[87] Por consiguiente, en el ámbito de los delitos de dominio los deberes de actuar surgen, por un lado, del deber general de evitar o de controlar peligros generados por los objetos propios, las propias empresas etc. (se trata de deberes generales de seguridad de los bienes ajenos en las relaciones con otros sujetos de derecho). Por otro lado, el deber de actuar se fundamenta en la *ingerencia*, es decir en la obligación que genera haber creado con la propia conducta un peligro para bienes ajenos.[88]

No todas las instituciones en un sentido jurídico corriente fundamentan imperativos cuya infracción da lugar a delitos de infracción de deber. Aquí se señalan en primer término los *deberes estatales*, algunos de los cuales tienen cierto paralelismo con el *neminem laede,* es decir con el cuidado que el que ejerce las funciones del Estado debe observar respecto de los bienes ajenos. Pero, en general se trata de deberes de garantía de la institución, por ejemplo, la justicia, en cuyo ámbito destacan deberes como los que fundamentan el delito prevaricación. Asimismo se consideran en este ámbito los deberes recíprocos que caracterizan la *relación padres e hijos* y los casos de rela-

[86] G. JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung..., p. 37.
[87] Confr. G. JAKOBS, Strafrecht, cit., pp. 782 y 783.
[88] Ibídem, p. 802 y ss.

ciones basadas en una *especial confianza*. Entre estas cuenta ejemplifcativamente la relación del médico y su paciente, así como casos en los que rige un mandato de "comportamiento conforme al rol".[89]

La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, a la que necesariamente conduce la nueva sistematización de los mandatos y prohibiciones, tiene una cierta aceptación en el campo de la omisión.[90]

Se pregunta Bacigalupo ¿Qué se deduce de todo ello? El sistema debería distinguir *dos categorías básicas*: los delitos de responsabilidad por la propia organización y los de responsabilidad institucional. Este punto de vista referente a la distinción inicial del sistema debería reemplazar a la actual distinción entre delitos activos y omisivos. Hasta ahora no ha terminado de imponerse totalmente, aunque las críticas a mi modo de ver no son ni muy profundas ni verdaderamente inquietantes.[91]

Jakobs entonces entiende que nadie puede ni debe excederse en su libertad dañando, máxime si pertenece a una organización, como suele ocurrir en los delitos de organización defectuosa donde a costa de causar perjuicio a terceras personas se amplía el ámbito vulnerando algo que debía proteger. Este fundamento de la imputación, es una organización defectuosa en que el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a terceras personas y a costa del perjuicio que les causa.[92]

Véase que todo delito de infracción de deber tiene una base material similar a la de los delitos especiales propios y diversa a la de los delitos comunes: la calidad especial del autor es, también en estos casos, el fundamento de la ilicitud de la figura.[93]

---

[89] G. JAKOBS, Die strafrechtliche Zurechnung…, cit., p. 35.

[90] Confr. G. FREUND, Strafrecht, AT, 1998, p. 334; H. Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, 5ª edición 1996, 21/37; P. CRAMER/G. HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB, 26ª edición 2001, Vorb. § 25, 104 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht, AT I, 5ª edición 2004, pp. 274 y s.

[91] M. KÖHLER, Strafrecht, AT 1996, p. 497; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Strafrecht, AT-2, 5ª edición 1978, pp. 191 y s.; MURMANN, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, p. 181: G. FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, pp. 177, 274.

[92] JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, trad. Cuello Contreras - Serrano González de Murillo, 2ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 258 y ss.

[93] Jakobs entiende que la distinción entre delitos de dominio y delitos de

Puede observarse con meridiana claridad cuando estamos ante un delito común cometido omisivamente por un obligado especial. Precisamente esto se da por la *posición de garante* que se exige en los llamados delitos de omisión.

En realidad los deberes en los delitos de infracción de deber no se limitan a un deber negativo general de no dañar al otro, sino que más bien se extienden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su radio de acción o esfera jurídica. Así el Derecho punitivo dirige sus fines al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa y también le exige al autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger. De esta manera entre el obligado especial y el bien se crea un mundo en común que él debe proteger.

Ya se subrayó que en el delito de infracción de deber el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico. Hay un grupo de deberes que se le han encomendado En éstos delitos, conforme los lineamientos roxinianos, no es necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado. Esto hace que se ponga en duda la constitucionalidad de estos delitos toda vez que no cumple con los principios de legalidad y lesividad. El **anteproyecto del Código Penal Argentino** año 2014 (Zaffaroni) excluye de cuajo los delitos de infracción de deber por considerar que responden a la doctrina totalitaria del siglo XX (ver exposición de motivos). El planteo no es certero pues los delitos de infracción de deber, están en el anteproyecto. Específicamente en el art. 144, g) del Anteproyecto se incluye el delito de administración desleal (equivalente al § 266 StGB), que es el modelo de los delitos de infracción de deber en el sentido moderno y otros tipos penales en los que la acción típica se caracteriza por la infracción de un deber.

El **Código Penal español** a partir del artículo 223 recepta los delitos contra los derechos y deberes familiares. Se los denomina: "*Quebrantamiento de deber de custodia y la inducción de menores al abandono del domicilio*". Estos son delitos donde

infracción de deber se debe explicar mediante el criterio del ámbito de competencia del autor.

se viola o se quiebra un deber no siendo necesaria la calidad de funcionario público. También la jurisprudencia ha usado terminología similar.[94]

Sin embargo no puede decirse que el CPE acepte los delitos de infracción de deber aunque si acepte que el extraneus tiene responsabilidad penal como lo efectúa el CPE de 1995. Allí se incluyen numerosas disposiciones para sancionar la conducta como infracción de deber del extraneus en relación con algunos delitos de funcionarios: en las negociaciones incompatibles, el art. 406 castiga al particular que acepta el nombramiento sabiendo que carece de los requisitos legales; en la infidelidad en la custodia de documentos, el art. 414 sanciona al particular que destruya o inutilice los medios puestos para impedir el acceso a documentos; en la violación de secretos, el art. 418 se refiere al particular que aproveche para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad; y en el tráfico de influencias, el art. 429 sanciona al particular que influye en un funcionario público para conseguir una resolución que pueda favorecer económicamente a alguien.

En el **Código Penal Alemán**, tampoco se acepta esta categoría de delito aunque el § 266 StGB, puede ser considerado un tipo básico de los delitos de infracción de deber.

En el **Código Penal Uruguayo,** dice **Germán Aller**, existen varios casos típicos de delitos de infracción de un deber: de delito de infracción de deber es el art. 163 del CPU, referido a la utilización indebida de información privilegiada. Esta conducta requiere que el funcionario público infrinja su deber como tal dando uso inapropiado a la información o datos reservados que conozca por su cargo. El art. 164 del CPU contempla la omisión contumacial de los deberes del cargo por parte del funcionario injustificadamente omiso o que se niega a ejecutar los deberes que corresponden a su cargo. Puede incluirse como infracción de deber el desacato por desobediencia abierta al mandato del

[94] La Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 1ª), (Ponente D. Francisco Javier Cantero Aríztegui), dictó una sentencia con fecha 27-07-2011, sobre infracción del deber de secreto de un trabajador, que termina con una condena penal para éste al revelar sin consentimiento (art. 199. 1. del CPE). En www.sagaris.cat

funcionario, contemplado en el art. 173, 2.º del CPU. Viene al caso hacer mención también de la injustificada revelación del secreto de correspondencia y comunicación (art. 298 del CPU), de documentos secretos (art. 301 del CPU), del secreto profesional (art. 302) y bancario.[95]

A esta categoría de delitos de infracción de deber le cabe el sayo de importantes objeciones en torno a su existencia. Luego deben solucionar problemas de constitucionalidad para finalmente definir su propia naturaleza en torno al deber (extrapenal o no).[96]

Es importante esclarecer que no todo delito especial configura a su vez un delito de infracción de deber. Para ser tal ha de tratarse de deberes relacionados con una institución que determine el estatus de la persona.

Ahora bien, también hay que reconocer que *deber* se trata de terminología vaga, ya que su alcance es variado. Deber es cumplir, tener obligación, adeudar, tener por causa, ser por consecuencia, estar obligado, etc. Si se analizan los delitos imprudentes también ellos incumplen un deber de cuidado, que difiere de la infracción de deber, pero la nota del deber no cumplido se halla presente en ambas construcciones. Pues aquí también ocurre que hay una imposición de un deber dada por una función o rol, que no es el del funcionario público. En el ejemplo del médico que debe guardar el secreto de sus pacientes, este deber sólo puede quedar atrapado por el silencio. Este deber está claramente determinado en una norma penal que lo obliga. En cambio los delitos de infracción de deber se caracterizan por constituir una lesión jurídica diversa del deber genérico atinente a los ciudadanos respecto de toda norma.

Se trata, según **Bacigalupo**, de un deber extrapenal que no abarca a todos los partícipes necesariamente. Estos delitos comprenden a quienes poseen una posición determinada en relación al bien jurídico tutelado, como el caso de funcionarios, administradores y garantes en delitos omisivos, cuya conducta

[95] ALLER, GERMÁN, "Delitos de infracción de deber", en www.fder.edu.uy

[96] Conf. SÁNCHEZ-VERA y GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 240 y ss.

contraría el deber que le concierne por su especial vinculación con la norma jurídica.[97]

4. OMISIÓN

Frente al debate sobre la mentada omisión en la dogmática jurídico penal y su alcance,[98] se halla que en la base del pensamiento se encuentra esta secular idea: *"cuando las normas se expresan a través de mandatos de acción, dan lugar a un tipo penal imperativo, es decir aquellos en los cuales la realización del tipo no consiste en hacer algo positivo (…) Acción y omisión no son conceptos que pertenezcan a un mismo plano"*.[99]

La doctrina se posicionó en una tesis: los delitos propios de omisión están determinados por la ley, los impropios no,[100] quedando afectado éstos últimos por planteos de falta de legalidad, inconstitucionalidad, etc. ya que se caracterizarán por la no evitación de un resultado típico, entendiéndose que existe un mandato implícito de realizar la acción tendiente a evitar la producción de un resultado delictivo.

Se sabe que las normas de prohibición suelen estar formuladas en sentido negativo y su tipificación se realiza en sentido positivo (ej.: "el que matare a otro…"), el mandato

---

[97] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 510/511.

[98] PARMA, CARLOS, "La intervención en la omisión", en L.L. Suplemento Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 16/12/2010, pp. 15/18.

[99] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 147 y 150.

[100] Cuando se antepone una norma imperativa o preceptiva estamos ante la omisión propia. Comete éste tipo de delito quien ante el evento –pudiendo– no realiza la conducta que exige el tipo penal. En la omisión pura las cuestiones se centran específicamente en el tipo objetivo, importando básicamente: la situación típica, la ausencia de la acción esperada y la capacidad para realizar esa acción En los delitos impropios de omisión la situación típica se integra con la posición de garante. A la ausencia de acción debe seguir la producción de un resultado, existiendo además equivalencia de la omisión con una acción. El tipo omisivo requiere el nexo de evitación., lo que implica decir que si cumple con el imperativo legal el hecho dañoso no habría existido. En palabras simples pudo evitar el resultado y no lo hizo. Así en el tipo omisivo objetivo encontramos siempre una situación típica. Se requiere que la conducta debida sea físicamente posible.

por el contrario suele estar formulado por la norma primaria en sentido positivo ("socorre a quien se encuentra en peligro de muerte…"), de forma que su expresión legal a través de la norma secundaria suele realizarse en sentido negativo ("el que no socorra a…").[101] Después de extensas discusiones entre las llamadas escuelas de la dogmática jurídico penal[102] los espacios doctrinarios aceptaron que el Derecho Penal debía prescindir de la relación causal, cuya función sistemática se desarrollaría sin obstáculo y con solvencia dentro de la teoría de la imputación objetiva.[103]

Científicamente el tema fue abordado intensamente por **Bacigalupo**[104] quien finalmente extrae conclusiones útiles por

[101] DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1996, pp. 183 y ss.

[102] En los comienzos del siglo XX, en el tratamiento sistemático de la dogmática en los delitos de omisión, a Radbruch se le reveló una dicotomía: acción y omisión serían cara y contracara de una misma moneda. Precavido de este extremo irresoluto había sido Lizst quien creyó solucionar este conflicto con antelación concibiendo a la omisión como: "una voluntaria no ejecución de la conducta esperada" que de suyo imponía al autor el desarrollo de un determinado comportamiento humano positivo. La pertenencia de acción y omisión a un mismo género es altamente discutible, inclusive desde los tiempos de la teoría de la imputación. La teoría causal de la acción no pudo demostrarlo. En efecto: un elemento esencial de la acción, la causalidad, tuvo que ser reemplazado en los delitos de omisión por un concepto puramente ideal: sea un elemento análogo a la causalidad del hecho positivo, una hipotética causalidad de la acción no realizada, etc. Dicho de otra manera: las omisiones no deberían ser acciones en el sentido de la teoría causal, sino sólo suposiciones de la posibilidad de una acción". El problema se planteaba de otra manera para la teoría final de la acción. Pero las consecuencias eran semejantes. La teoría final parte de una diversa concepción de la causalidad, entendiéndola como una "categoría del ser" que no es una "mera conexión 'mental' (gedankliche) de varios sucesos". Por ello, cuando Welzel dice que "vista ontológicamente la omisión, que es la omisión de una acción, no es una acción", reconoce la imposibilidad conceptual de una única teoría del delito. Consecuentemente los delitos de omisión no se basarían en la realización de una acción, sino en la capacidad del autor de actuar en determinadas circunstancias.

[103] CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *El delito Imprudente. Criterios de Imputación del Resultado*, Editorial PPU, Barcelona, 1989, pp. 34 y 434.

[104] Las conclusiones sobre delitos impropios de omisión fueron producto en un comienzo de un plan de investigación que materializó Bacigalupo en el Instituto de Derecho Penal y filosofía en la Rheinische Friedrich Wilhelm Universität de Bonn bajo la tutela de Hans Welzel y Armin Kaufmann, afines de la década del sesenta. Siendo un joven abogado, el germen de esta línea de estudio fue aplicado en forma ejemplar contra la dictadura militar Argentina en la llamada "noche de los bastones largos", precisamente en un planteo efectuado por el Maestro. Sería por otra parte tema de su tesis doctoral.

su actualidad, y por eso las reiteramos nuevamente aquí, dirá: "*La relativización del concepto de acción y de omisión permitió la formulación de un concepto negativo de acción, de acuerdo con el cual la acción no sería sino la* ***evitable omisión de evitar en posición de garante****. Lo decisivo sería* ***el deber de garante y la evitabilidad****, o que significa que también el autor activo debe ser contemplado como garante, porque es indiferente producir un daño o no impedirlo, lo importante es si el autor tenía el deber de evitarlo y si ello era posible. Con tales premisas sería posible pensar que el concepto básico de la teoría del delito debería ser la omisión. Sobre todo cuando se admite que* ***todas las acciones pueden ser reformuladas como omisiones aunque a la inversa no todas las omisiones puedan serlo como acciones*** *(con cita de Jakobs). La teoría negativa de la acción ha sido, en general, rechazada. Pero, ha dejado huellas que se perciben especialmente en tres momentos: en la definición de la acción como comportamiento evitable, en la moderna teoría del tipo penal de los delitos de resultado y en los delitos de infracción de deber*".[105]

Desde el punto de vista de la definición de la *acción como comportamiento evitable* es indiferente si el sujeto podía evitar causar activamente la muerte de otro (es decir, podía omitir lo que hizo) o si hubiera podido actuar para evitar la muerte (con cita a Jakobs). En ambos casos lo decisivo es la evitabilidad del suceso. En el ámbito de los delitos de resultado la dogmática tradicional consideraba que el autor realizaba el tipo objetivo si *causalmente* producía el resultado dolosamente.

La distinción entre acción y omisión es indiferente en ciertos tipos penales en los que la forma de la conducta no tiene importancia, porque pueden ser cometidos tanto activa como omisivamente, toda vez que el autor aparece como garante en la descripción típica. Es el caso de los *delitos de infracción de deber*. Por ejemplo: el delito de administración desleal (art. 252 y 292 CPE y 173, 7º CPAr) en el que el administrador puede

[105] BACIGALUPO, ENRIQUE, *Hacia el Nuevo Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 267/297. Debe verse también: BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

infringir su deber tanto activa como omisivamente. Asimismo, una vez que el legislador ha aceptado los delitos de comisión por omisión (o la doctrina admite esta figura),[106] prácticamente todos los tipos de la parte especial pueden ser cometidos tanto en forma activa como omisiva, *si el autor es garante*.[107]

La conclusión parece clara. La base del sistema ha cambiado, la base del sistema es la acción u omisión *en posición de garante*.

Dirá Jakobs: "*Así como el delito de omisión sólo puede ser cometido por una persona competente; es decir, por un garante, el delito de comisión sólo puede ser cometido por una persona que se conduce generando un riesgo no permitido (…) en el delito de comisión sólo el autor que actúa de modo objetivamente imputable es garante de la evitación del resultado*.[108]

Silva Sánchez distinguía tres clases de omisiones. Aquellas que las consideraba *puras generales*, pues obedecen a cuestiones de solidaridad general en resguardo de bienes jurídicos individuales donde puede caer cualquier ciudadano ante su incumplimiento, en tanto esté naturalmente tipificada. Luego están las omisiones *puras de un garante*, cuya existencia es una base funcional específica pudiendo ser realizada por un círculo de sujetos con una posición de responsabilidad especial. Finalmente la última o tercera clase se encuentra en la comisión por omisión, lo que para él es omisión con equivalencia comisiva.[109]

En la vernácula doctrina de la parte especial, fue **Núñez** un ariete en adoptar la posición de aceptación omisiva en la conducta del sujeto activo. Dijo que "*la revelación puede hacerse mediante la comunicación del secreto o dejando que el tercero se entere de él*".[110]

---

[106] Jakobs sostiene que las competencias por organización y las competencias institucionales se pueden infringir por acción u omisión, por lo que la distinción entre ambas conductas es superflua.

[107] Ver capítulo 8 in fine: "Omisión-comisión".

[108] JAKOBS. G., *Teoría y Praxis de la Injerencia*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 85.

[109] SILVA SÁNCHEZ, JESÚS, *El Delito de Omisión Concepto y Sistema*, 2ª edición, IB de F, Montevideo, 2003, pp. 432/437.

[110] NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, actualizada por Víctor Reinaldi, Editorial Lerner, 1999, p. 180.

Citando el aval de **Creus, D'alessio** dice que este delito propio de sujeto calificado puede darse por omisión en el caso que el sujeto activo deja en manos de un tercero los medios necesarios para que se entere del secreto. Dice: "*Puede darse tanto por una actividad como por una omisión*".[111] El criterio general es aceptar el lado comisivo y omisivo.[112]

La omisión ha cobrado un rol más que relevante en las sociedades de riesgos intercomunicadas, esto ha hecho que sea aún más comprensible y aceptable esta postura de receptación de la omisión en el delito de violación de secreto particular.

5. ERROR

5.1. Conceptualización. Desarrollo

Todo falso conocimiento que recaiga sobre los elementos del tipo o bien sobre la comprensión de la antijuridicidad nos enfrentará con el problema del error en general.[113]

Se ha tenido en la doctrina vernácula como válido, que el art. 34 inc. 1 del Cód. Penal, comprende tanto al error de hecho como al de derecho.[114]

Dirá **Lascano** "*que en el sistema del Código Penal Argentino el principal problema deriva de la limitación de la eximente al error de hecho, con lo que para muchos ello implica la introducción al Derecho Penal del principio error juris nocet proveniente del art. 20 del C.C.*".[115] En idéntico sentido **De la Rúa** dice que "*el debate ha girado en gran medida en torno al Art. 20 del C.C.*".[116] Mayor convicción resulta de advertir que

[111] D'Alessio, Andrés, *Código Penal. Comentado*, arts. 79-306, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 370.

[112] Sucar; Rodríguez; Iglesias, ob. cit., p. 200.

[113] Zaffaroni, Raúl, *Código Penal. Comentado*, Tomo 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, AAVV. Baigún, Zaffaroni, Terragni y otros, p. 531.

[114] Garibaldi y Pitlevnik, *Error y Delito*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pp. 165 y ss.

[115] Lascano, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 288.

[116] De la Rua, Jorge, *Código Penal Argentino. Parte General*, Editorial Lerner, Córdoba, 1972, p. 383.

hecho es equiparable a delito como se infiere de la lectura de los art. 62, 64, 67, etc. y del análisis que dogmáticamente se hace del concurso ideal de delitos, donde Núñez pregonaba la equiparación de términos. Los aportes doctrinarios condujeron a que el error de hecho fuera visto como error de tipo y el de derecho como el de prohibición.

De otro costal es la posición de **Zaffaroni** donde la diferencia entre error de tipo y de prohibición "*es menester buscarla en otra vía y ella es la que proporciona la fórmula de la tentativa (art. 42 del CP)*".[117] Para **Bacigalupo** un claro supuesto del error de prohibición está en el art. 35 del CP.

Más allá de los vericuetos dogmáticos, la doctrina y jurisprudencia se han encargado de explicar y aplicar la teoría del error a distintas circunstancias de hecho y derecho.

Centralmente el error como tal es un conocimiento equivocado, una representación falsa (Frías Caballero).[118] Desde este ángulo **Núñez**[119] concretará la noción diciendo que es la falsa noción del autor respecto de un hecho cometido.

Es conveniente aclarar previamente que, aunque no son sinónimos, la regulación que el plexo normativo le ha otorgado al error y la ignorancia ha sido equivalente. La ignorancia como falta de conocimiento y el error el falso (o al menos incorrecto) conocimiento.[120]

El error de tipo versa precisamente sobre el contenido del tipo objetivo, centrando la óptica en el elemento cognitivo del dolo y de la culpa. Cuando es esencial cae sobre los contenidos del tipo objetivo, que, como se sabe, tiene elementos objetivos o normativos.[121]

---

[117] ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 414.

[118] FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Teoría Jurídica del Delito*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 401.

[119] NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Lerner, Córdoba, 1972, pp. 221 y ss.

[120] DE LA RUA, JORGE, *Código Penal Argentino. Parte General*, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 490.

[121] Estos elementos normativos son llamados también valorativos (por ej. El concepto de banda, arma, etc.). Fueron desarrollados a ultranza por los neoclásicos. Ricardo Núñez se refería a ellos diciendo "no dan puntada sin valoración". Nada más cierto, la influencia kantiana fue notoria y la pusieron en práctica.

Como este error de tipo esencial excluye el dolo, su utilidad primordial es saber si ha sido imputable, dentro de un rango subjetivo individualizador, o no imputable al autor, lo que habilitará o no la punibilidad por culpa (invencible), todo esto en tanto el delito admita la calidad culposa.

En el universo de las disquisiciones dogmáticas la teoría de los elementos negativos del tipo tuvo a fines del siglo XX una aceptación doctrinaria relevante (Roxín, Silva Sánchez, Mir Puig, etc.). Para sus cultores el injusto consta de dos partes: la positiva, equivalente al tipo en sentido tradicional, y la negativa, concebida como exigencia de que no concurra causa de justificación. El suponer erróneamente que concurre un presupuesto de una *causa de justificación* es poner en evidencia un error de tipo negativo, que afecta al tipo integral o total del injusto. Esta lucha entre tipo positivo y tipo negativo debe ser vista como un choque de vectores. Claro está que será en lo que atañe a errores sobre la situación fáctica, es decir sobre los presupuestos objetivos de la justificante. El error de prohibición indirecto o de permiso es siempre un error de derecho y debe tratarse en la culpabilidad.

5.2. Error en las causas de justificación

Las causas de justificación surgen de todo el plexo jurídico y no son más que permisiones que otorga el derecho para ejecutar hechos considerados típicos.

Uno de los problemas más discutidos de la teoría del error es el de cómo se ha de tratar el caso en que el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos (materiales) de una causa de justificación.[122]

Narra **Roxin** que en materia de suposición errónea del supuesto hecho legitimador es la *teoría restringida de la culpabilidad* la que se sigue en la jurisprudencia alemana por lo que el "*sujeto que actúa sobre la verdadera situación fáctica*

[122] Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 2010, p. 579.

es en sí fiel al derecho; quiere observar los mandatos jurídicos y yerra este objetivo sólo a causa de su error sobre la situación material a partir de la cual se desarrolla su actuación.". En su opinión "*sólo es correcta la teoría restringida de la culpabilidad y la idea político criminal que la sostiene no debería perderse mediante complicadas construcciones*".[123]

El error en el derecho ha tenido un desarrollo fluctuante, desde el silencio absoluto a un tratamiento directo. La ausencia de tratamiento del error en los códigos penales como el francés de 1810 y el español de 1848 fue notoria y pudo verse luego una sola regla relativa al error sobre las circunstancias del hecho punible, como en el caso del StGB alemán de 1871,[124] desplazándose con posterioridad luego a una doble regulación de los errores sobre las circunstancias del hecho punible descrito en la ley (error de tipo) y de los que afectan a la antijuricidad del hecho típico (error sobre la prohibición).[125]

La enseñanza finalista de **Welzel** fue un punto de inflexión importante ya que en su idea el *error de tipo* se rige por el *principio del conocimiento*: si el autor no conoció las circunstancias del tipo, no obro con dolo, aunque haya podido conocer; en todo caso puede ser punible como autor del delito imprudente si éste está previsto en la ley penal. El *error sobre la antijuricidad o sobre la prohibición*, por el contrario, se rige por el *principio de la responsabilidad*: el autor es responsable de su desconocimiento, si pudo evitarlo; si no era posible evitarlo, no será responsable, pues nadie debe responder por lo inevitable.

De esta manera el avance es notable, mientras el error de tipo aparece estructurado sobre un concepto *psicológico* del conocimiento de las circunstancias del tipo, la regulación del

[123] ROXIN, CLAUS, ob. cit., pp. 582 y 583.

[124] El Código Penal alemán de 1871, guardó silencio conscientemente sobre la cuestión del error entonces llamado de derecho y reguló sólo el error sobre las circunstancias de hecho pertenecientes al tipo legal o que agravan la punibilidad, estableciendo en el § 59 que el error sobre ellas o la ignorancia de las mismas determinaría su no imputación al acusado.

[125] Verbigracia: el Código Penal alemán, §§ 16 y 17, el Código Penal austriaco, §§ 8 y 9, el Código Penal español, art. 14, el Código Penal esloveno (arts. 20 y 21), el Código Penal griego, arts. 30 y 31, el Código Penal polaco (arts. 28 y 29), el Código Penal portugués, arts. 16 y 17, el Código Penal suizo arts. 19 y 20.

error de prohibición se basa en una concepción *normativa* del conocimiento de la antijuricidad.

El error de tipo no presentó serios inconvenientes dogmáticos[126] siempre se lo consideró, sobre la base del principio del conocimiento, como una circunstancia excluyente de la culpabilidad dolosa: quien piensa que dos y dos son cinco, no sabe, el que no sabe lo que hace no puede tener voluntad de hacer lo que hace y si la culpabilidad se concibe como una culpabilidad de voluntad, el error de tipo debe excluir la voluntad y, consiguientemente, la culpabilidad (dolosa). Por el contrario el error de prohibición fue objeto de largas discusiones.[127]

Coloquialmente cuando se habla de la consecuencia jurídica de error de tipo, se está eliminando el dolo.

Así las cosas la doctrina nacional trató la problemática del error refiriendo al error de hecho y error de derecho en sentido amplio, sólo excusando el primero.

Luego arribaría un ajuste necesario: error de hecho, error de derecho extra penal y error de Derecho Penal, produciendo efecto de excusa los dos primeros.

En una tercera etapa lo central era error sobre el tipo y error de prohibición excusando el primero y respecto del segundo se admite cada vez más su eficacia exculpatoria.[128]

El desarrollo dogmático procuró el *reconocimiento liso y llano de la relevancia del error de derecho, como equivalente al error de hecho*, con base en las relaciones entre conocimiento y

---

[126] Debe recordarse que la vieja fórmula error juris nocet sufrió un embate de iuris ignorantia invencibilis que al menos logró fuerza para la atenuación de la pena cuando el error había sido vencible.

[127] El modelo legislativo que ha inspirado en materia de error a la mayoría de las reformas penales del siglo XX proviene del Código Penal Suizo de 1937, cuyos arts. 19 y 20 prevén dos regímenes diversos para el error, y del Proyecto alemán de 1927, que receptó la regulación de los Proyectos suizos. El primero prevé que en el caso en el que el error recaiga sobre el hecho (Sachverhalt/faits), el autor responderá por el hecho que se ha representado, dejándose abierta la posibilidad de sancionar la acción con la pena del delito imprudente, si estuviera previsto en la ley y el autor hubiera podido evitar el error actuando con el cuidado exigido por el deber (art. 19). Si el autor hubiera tenido razones suficientes para suponer la autorización de la acción realizada, el juez podrá atenuar libremente la pena o inclusive excluirla (art. 20). Similar era la regulación del Proyecto alemán de 1927.

[128] NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Lerner, Córdoba, 1975, p. 222.

voluntad y en el entendimiento de la culpabilidad como culpabilidad de la voluntad. A partir de esta noción de culpabilidad, no existía la posibilidad de una distinción entre los efectos del error de hecho y del error de derecho: ambas formas de error debían excluir la culpabilidad en el caso de error o ignorancia.

Los neokantianos de principios del siglo XX, desde Baden Baden, aquellos que revivieron a *Kant*, dieron un legado: en primer lugar, que "*en ninguna parte en el mundo hay nada, ni que siquiera pueda ser pensado en forma absoluta, que pueda ser tenido por bueno sin limitaciones que no sea una buena voluntad";* en segundo lugar, que la libertad es *"una propiedad de toda voluntad de un ser racional*".

No es un aporte de mera filosofía académica, se trata de una consolidación a lo que será luego el dominio de la voluntad y la capacidad de autodeterminación para poder reprochar (finalismo).

La tesis de la equivalencia del error de tipo con el error de prohibición, deducida de la esencia de la culpabilidad, se mantuvo también en un contexto teórico en el que la libertad de la voluntad del autor no entra en consideración para la determinación de la culpabilidad *jurídica*.

La teoría de los elementos normativos del tipo rompe, de esta manera, definitivamente la unidad de tratamiento del error de derecho, pues hay errores de derecho que, al recaer sobre circunstancias normativas del tipo,[129] excluyen el dolo.

Fue **Jiménez de Asúa** quien buscó la total equiparación del error de hecho y el de derecho, ya desde sus primeras charlas en 1925 en la UNC, significando esto un tratamiento unitario del error de hecho y de derecho.

También en la década de los años 30 a la teoría del dolo se opuso la *teoría de la culpabilidad*, que entendió la conciencia potencial de la antijuricidad como un elemento de la culpabilidad independiente del dolo (Welzel).

Hans Welzel estructuró la teoría del delito sobre la concepción de la doble determinación de los hechos. En la esfera de

[129] Por ejemplo el concepto e apoderamiento "ilegítimo" en el hurto (art. 162 del CP).

la culpabilidad no se requiere más que la capacidad de obrar de acuerdo a derecho: el autor es responsable de su ignorancia o error sobre la antijuricidad, siempre que haya podido evitar el error. Por el contrario, en la esfera de la tipicidad, concretamente de la acción, Welzel afirmaba que "*no es suficiente que el autor conociera las circunstancias del hecho sólo de manera potencial, es decir, que hubiera podido tenerlas en su conciencia*" y concluía que "*la renuncia a la conciencia actual de las circunstancia del hecho en el concepto de dolo confunde la línea divisoria entre dolo y culpa y transforma el dolo en mera ficción*".

La teoría del error, tal como la formula Welzel, se basa, por lo tanto en una distinción esencial entre *ejecución* de la acción y *decisión* valorativa, de tal manera que ésta, la decisión, según el valor no constituye un elemento real que se suma al dolo (finalidad), sino algo diverso: la elección de un valor o, en el caso de la culpabilidad, de un disvalor.

Welzel desarrolló la teoría de la culpabilidad, con base en la naturaleza de las cosas (de Radbruch), de corte realista, lo que lo llevó necesariamente a valorar situaciones de diferente intensidad.

La teoría welzeniana del error, llamada "*estricta de la culpabilidad*", desarrolla la conciencia de la ilicitud, no como componente del dolo, sino como elemento de la culpabilidad separada de aquel. El dolo radica en el tipo, en cuanto parte subjetiva de éste y en cuanto a factor de direccionabilidad de la acción. De esta manera no puede él ser recargado con elementos valorativos (conciencia potencial de la ilicitud), o con aquellas representaciones psicológicas como la conciencia actual de la ilicitud. Vista así las cosas la conciencia de la ilicitud es presupuesto de la culpabilidad.

Evidentemente un error de tipo era más intenso que un error de prohibición debiendo generar resultados diversos. Así las cosas, el error de tipo sería visto como aquel que recae sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal, excluyendo el dolo de la realización típica pudiendo, en su caso, el autor ser responsabilizado por el delito culposo, en tanto el error de prohibición, que recae en la antijuridicidad del hecho, con pleno

conocimiento de la realización del tipo, lo que quiere decir con pleno dolo de tipo. En este supuesto (error de prohibición) el autor sabe lo que hace pero supone erróneamente que le está permitido.

Dicho en palabras simples un error sobre los presupuesto de las causas de justificación tenía que conducir a los efectos del error de prohibición.

De esta manera la teoría del error alcanzaba una fundamentación que iba más allá de la puramente pragmática que, simplemente, no quería "*poner en boca del autor el pretexto de no haber sabido que su hecho era ilícito*". Welzel no pudo mantener en alto sus ideas (ontología, valores) por lo que las reglas diferenciadas del error de tipo y del error de prohibición, sólo expresaron un fundamento pragmático del orden ético-social, fin último de la aspiración welzeniana.

Jakobs, discípulo de Welzel, irrumpe entendiendo que si la solución planteada es la eliminación de la tradicional distinción entre dolo y culpa que versaba sobre la base del binomio conocimiento-desconocimiento, esta es resuelta parcialmente[130] por el art. 16 y 17[131] del C.P. Alemán.

---

[130] En el pensamiento de Jakobs es "el riesgo de autolesión lo que reduce la significación del autor imprudente frente al doloso". Esta tesis conduce a una crítica de la delimitación basada en el conocimiento contenida en el § 16 CP alemán (error de tipo), apoyada en una concepción psicologista y el criterio normativo que informa el § 17 (error de prohibición), diferencia que sólo podría ser salvada, "si el § 16 –dice Jakobs– se limita al caso en el que armoniza con el § 17 CP, es decir, al caso de errores, pero no al de desconocimiento por indiferencia" … "el autor doloso manifiesta (al menos en relación a las consecuencias accesorias) que el riesgo de la realización del tipo, según su valoración no sería relevante para su decisión o no lo sería a la vista del contexto actual". El autor culposo, por el contrario, describe descuidadamente, en forma incompleta la situación en la que actúa, sin considerar, según su valoración, que el riesgo mereciera ser tenido en cuenta" (…) "La decisión del autor culposo se caracteriza por una base reducida, pero no porque hubiera evitado la realización del tipo de haber actuado con decisión de hacerlo". El indiferente, por último, "también describe la situación de manera incompleta, pero no por descuido, sino por falta de relevancia para su decisión de lo no tenido en cuenta: la base de la decisión es, según su criterio, completa, lo que no tuvo en cuenta le es indiferente". En estos últimos casos, por lo tanto, no se debería aplicar el § 16 StGB, es decir: la falta de conocimiento no excluiría el dolo.

[131] Considero que la regulación del error de prohibición –dada en el parágrafo 17 del Código Penal Alemán– presupone la categoría de un injusto independiente de la culpabilidad. La regulación del error de prohibición se basa en la idea que para poder evaluar, si el autor ha caído en un error sobre la norma de comportamiento

Jakobs insiste en que la culpabilidad es una cuestión de prevención general positiva. Todo esto incide en el error de prohibición en tanto se determine cuanto desconocimiento se le puede aguantar al sujeto siempre que no atente contra la estabilidad de la vigencia de la norma. La aceptación del error tendrá peso o no en tanto que esa conciencia de antijuricidad no vaya en detrimento de la estabilidad de la norma.

Estamos entonces en una situación donde dogmáticamente se acepta que sería imposible declarar culpable a quien no ha podido saber lo que hacía, ya que carecería de conciencia de la antijuricidad.[132]

Desde otra posición dogmática sería justificado pensar en la aplicación del principio de la responsabilidad respecto del error sobre los elementos normativos del tipo[133] en la medida que éstos fueran vencibles.

La cuestión es muy compleja pues no se puede desconocer que existen ciertos *elementos descriptivos* del tipo cuyo conocimiento es difícilmente diferenciable de la conciencia (potencial) de la antijuricidad.

Tal es el caso de la menor edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales. Cuando el autor no ha tomado en cuenta para nada, en circunstancias que lo requerían, la edad del sujeto pasivo, es evidente que lo que, al mismo tiempo, le es indiferente es la prohibición de realizar acciones sexuales con un sujeto menor de determinada edad, pudiendo mediar error,[134]

que resultaba determinante para la situación, ha de ser establecido el contenido de dicha norma.

[132] La relación del conocimiento del tipo y del conocimiento de la antijuricidad es clara en el Derecho Penal nuclear o tradicional. El que sabe que lo que hace puede matar a otro no puede dejar de pensar en si su conducta es adecuado a derecho o no. Y consecuentemente, en este ámbito, no se justifica que el autor sea beneficiado, en una situación en la que, sabiendo que puede producir la muerte de otro, por pura indiferencia, no haya pensado en esa posibilidad.

[133] Son –al decir de Mayer–, elementos impropios de la antijuricidad, y, por esta razón, no sería contrario al sistema general del error sobre la antijuricidad no tomar en cuenta estos errores cuando hubieran sido fácilmente evitables.

[134] La jurisprudencia de Córdoba se expresó puntualmente "Al admitir una razonable duda sobre la existencia de violencia, amenaza o intimidación y sobre el error de hecho padecido por el imputado sobre una de las exigencias del tipo que no le era imputable a él, a lo que se suma que el imputado no tenía obligación

puntualmente sobre la edad de la víctima,[135] haya ésta consentido o no.

5.2.1. *Error de prohibición*

"*Reina acuerdo en la doctrina actual en requerir para la presencia del delito que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley*".[136] El error de prohibición apuntala una idea básica: el sujeto porta la creencia que se encuentra ante una permisión que el derecho le otorga.

Concretamente: "*Concurre un error de prohibición, dice Roxin, cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho, no sabe que su actuación no está permitida*".[137]

Veamos un ejemplo, el sujeto que cree que puede cortar (piquete) una autopista porque su obrar está permitido por

alguna de saber la edad de la víctima porque su rol de vecino no lo colocaba en posición jurídica de estar sujeto a ese deber, debe admitirse que no comprendió la criminalidad del acto concretamente cumplido (C.P. art. 34 inc. 1º primer párrafo, último supuesto) y legítimamente esa situación le es ajena a él … –No se trata de hacer valer la duda sobre un error de derecho inexcusable (C.C. art. 20 en relación al art. 119 C.P.) porque no se hace jugar aquí la duda acerca de la existencia de un desconocimiento sobre la prohibición de acceder carnalmente a una persona –como sería el caso de pretender hacer jugar la duda sobre la edad de una pequeña niña de cuatro años– desde que las reglas de la experiencia impedirían llegar a la falsa creencia de que se trata de una joven mujer con capacidad para ser accedida, porque las reglas señaladas marcan el límite para hacer jugar el falso conocimiento de una circunstancia, cuando la apariencia física del sujeto pasivo, en el caso de ser mujer, muestra cierta característica corporal que objetivamente para la percepción de cualquier persona…". Sentencia Número: OCHO. Córdoba, causa Letra "L", Nº 10-Año 2004, "Luna, Mario Alberto p.s.a. abuso sexual con acceso carnal". Sala Unipersonal, Dra. María Cristina Barberá de Riso. Letra "L", Nº 10-Año 2004, caratulada "Luna, Mario Alberto p.s.a. abuso sexual con acceso carnal". Cámara penal 9ª Nominación. Secretaría 17.

[135] PARMA, CARLOS, *Abuso Sexual*, ASC Libros jurídicos, Mendoza, 2005, p. 41. Citando a Donna y Lascano, Figari dice: "…en el abuso sexual, en caso de existir un error sobre la edad de la víctima, el accionar del sujeto activo sería atípico", en FIGARI, RUBÉN, *Delitos de Índole Sexual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 72.

[136] MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Reppertor, Barcelona, 2015, p. 565.

[137] ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, & 21, p. 861.

derecho constitucional a disentir, quejarse o de expresión, está equivocado. Es claro: hay una permisión de por medio que el autor la considera viable, pero está en un error. Falla en la comprensión de la antijuridicidad de la acción.

En el sustrato de la cuestión hay una manda constitucional o convencional, ya que el sujeto conductualmente lleva consigo la creencia de estar amparado por la norma máxima en el ámbito de su libertad (art. 19 CN).

Reyes Echandía en una visión clásica, sostenía que no se puede asimilar el error de prohibición al error de tipo pues ello supondría afirmar que la falta de conciencia de la antijuridicidad descarta la tipicidad, además, en el error de prohibición el autor sabe lo que hace, pero erróneamente cree que es lícito.[138]

Es útil señalar el aporte de **De la Rúa y Tarditti** cuando conceptualizan la temática, haciendo un parangón en torno a coincidencias y diferencias entre el error y la ignorancia de la prohibición. En su opinión: "*afectan la cognoscibilidad del injusto, sea porque se obre en la equivocada creencia o por desconocimiento acerca de que la conducta típica es antijurídica*". También aclaran: "*Lo que diferencia al error de prohibición del error de tipo, es que el autor aunque obra con conocimiento actual o potencial acerca de los contenidos del tipo objetivo no capta ni siquiera potencialmente el disvalor global de lo que realiza (con cita de Roxin)*".

Entonces la distinción entre ambos no reside en el binomio antitético *error de hecho / error de derecho*, pues el error de tipo también comprende ciertos errores de derecho, como el referido a los elementos normativos que no requieren un juicio de disvalor global o integral (Ej.: la ajenidad de una cosa para el hurto) sino el binomio presupuestos *injusto / antijuridicidad o injusto global.* Conforme a éste, el error de tipo comprende el contenido del tipo objetivo, salvo los que demanden la cognoscibilidd del injusto global (generalmente a través de expresiones como "*ilegítimamente*" o "*sin justa causa*") y los presupuestos fácticos de las causas de justificación; mientras que el error de

[138] YACAMÁN YIDI, MIGUEL, *Estructura del Delito y del Error en el Código Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1986, p. 75.

prohibición incluye al que versa sobre el injusto en todas las variantes que demanden la comprensión normativa actual o potencial del disvalor global aunque se encuentren situados en el tipo como los elementos normativos mencionados; en la omisión los que se vinculan con la existencia y alcance del deber de actuar y desde luego los componentes de la antijuridicidad (prohibición y causas de justificación).

Se distinguen en doctrina distintos tipos de errores de prohibición[139] pero la teoría del error en general desde la perspectiva de sus efectos ha puesto foco entre las cuestiones de tipo y de prohibición: diferenciar la sutil divergencia entre el error esencial de tipo imputable o vencible y el de prohibición.

Dicho en forma simple el error esencial de tipo imputable o vencible excluye el dolo, reconduciendo la punibilidad en el marco del delito culposo si lo hubiera o a la impunidad en caso contrario. En cambio, el error de prohibición imputable sólo disminuye por menor culpabilidad la pena, en el marco del delito doloso o culposo que se trate, porque el derecho vigente carece de una regulación que brinde una alternativa diferente".[140]

---

[139] Error de Prohibición Directo o también llamado Error en el Conocimiento de la norma: No conoce la existencia de la prohibición o mandato de una norma. Cree que su actuar su actuar es adecuado y justo. Este error se dirige a la "existencia de la prohibición", no tiene conocimiento del injusto material y no puede inferir la antijuridicidad. Hay una variante sobre este error de Prohibición Directo al que se lo refiere como error de Subsunción. Este error versa sobre un desconocimiento o una falsa apreciación, pero el mismo recae no sobre el saber o no de esa norma, sino sobre el alcance o los límites precisos de la disposición. El actor la conoce, pero no determina claramente los límites precisos (verbigracia: se queda con bienes ajenos en la creencia que tiene un crédito). Este error de Prohibición Directo tiene otra explicación la cual se alude como: Error de Validez. Veamos, este error presenta mayor dificultad. La situación es la de un sujeto que a pesar de que conoce la existencia de la norma que prohíbe un comportamiento no la cumple en la creencia errada de que la misma no es válida por considerarla contraria a las normas constitucionales, internacionales o bien culturales. *Error de Prohibición Indirecto*: se trata de una creencia errada de la presencia de una causa de justificación en el actuar del individuo que el ordenamiento no prevé. Este error de Prohibición Indirecto tiene también variantes. Ejemplo de esto es el supuesto por el cual la creencia de la existencia de la causa de justificación está compaginada con su efectiva representación en el ordenamiento legal. Un ejemplo sería el caso de un custodio que hace su servicio en un lugar con poca iluminación y ve avanzar a un individuo rápidamente hacía el con algo que brilla y que para su ser es un arma blanca y sobre la base de defenderse legítimamente de un ataque le da muerte.

[140] De la Rua, Jorge y Tarditti, Aída, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 214/215.

Pero el error de prohibición ha dividido aguas entre v*encible o invencible*. Lo que significa decir que el sujeto pudo de acuerdo con cierta previsibilidad y dominio salvar el obstáculo de la falsa creencia. La evitabilidad es clave para determinar la responsabilidad o no en el evento. Los parámetros de medición para cuantificar el obrar en torno a los riesgos que asume, lo permisible socialmente, la cultura introyectada, los protocolos (en casos de profesionales), etc. no son más que pautas rectoras para colocarnos en una justa situación de apreciaciación. Esta, que es siempre subjetiva del intérprete, debe tener como eje al sujeto concreto y no el término medio del hombre que pudo actuar de otro modo.

Si bien se puede rechazar el deber general de información, el sujeto debe informarse mínimamente, pues su falta de información recaerá sobre él y será valorada en torno a la política criminal que predomine en el estado de derecho democrático correspondiente.

En el error de prohibición vencible, vemos que si bien el sujeto tuvo una apreciación errónea de la realidad que lo llevó a conducirse en la comisión de un delito, pudo haber obrado de manera diferente; debió haberse informado.

En definitiva el sujeto debe respetar las previsiones posibles, actuar en forma prudente, criteriosa, donde se valore su individualidad, siendo él sensible en la cautela necesaria, cuando se sabe que se incurre en una acción delictuosa.

Caemos también aquí en el análisis efectuado ut supra sobre el hombre en concreto, el caso específico, el contexto y la política criminal aplicable.

El error de prohibición invencible o absoluto no otorga chance de actuar de otro modo. A pesar de diligencias normales, comprensibles, sucede igual. Las teorías del dolo y las de la culpabilidad coinciden en esto

A guisa de corolario el error de prohibición es una situación fáctica donde el actor comete una conducta bajo directa influencia total o parcial de una percepción o creencia errada de la valoración global de la antijuricidad de su obrar ya sea éste evitable o inevitable.

CAPÍTULO 9

1. Consideraciones preliminares. 1.1. El iter criminis o camino del delito. 2. Concepto de tentativa. Elementos. Idoneidad. 2.1. Fundamento de la punición en la tentativa. 2.2. Teorías sobre el Fundamento de la Punición en la Tentativa. 2.2.1. Teoría del peligro. 2.2.2. El quebrantamiento de la vigencia de la norma. 2.2.3. La lesividad penalmente relevante. 3. Distinción entre fundamento de la tentativa y presupuesto de sanción. 4. Comienzo de ejecución. análisis de las teorías. 4.1.0. Subjetiva objetiva 4.1. Posiciones negativas. 4.2. Teoría de la univocidad de Carrara. 4.3. Teoría formal objetiva. 4.4. Teoría material objetiva. 4.5. Teoría del plan concreto del autor. 5. Elementos constitutivos de la tentativa. 6. El fin del autor. 6.1. El Dolo.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1. El iter criminis o camino del delito

El **iter criminis** es el derrotero que recorre el delito desde la idea del autor, hasta que culmina plenamente objetivado en el mundo exterior. Así entre esta idea y la obra concluida existen estadios intermedios.

La idea entonces, es que la acción criminal dolosa tiene un curso o desarrollo, es decir un movimiento, que comienza con los actos preparatorios –impunes– luego transita por la tentativa –punible– y, por último, culmina con el delito consumado, desde luego también punible. El todo está precedido por la ideación del delito, acto interno de conciencia, no susceptible de com-

probación y también impune, conceptualizado por Ulpiano a través de su aforismo: "*Cogitationis poenam nemo patitur*",[1] es decir: **nadie sufre pena por su pensamiento.**

Entre la fase interna y externa Jiménez de Asúa pensaba que hay dos estadios intermedios que son: la resolución manifestada y el delito putativo. Zaffaroni se encarga en decir que es un "delito incompleto".[2] Dicho de manera simple la resolución manifestada no existe en la fase externa, no se tratan de actos materiales, más de de acción, es de resolución (proposición, conspiración, provocación). En el delito putativo hay una exteriorización del propósito de delinquir, pero el delito sólo lo es en la mente del autor.[3]

Conforme esta premisa, hay en la legislación actos impunes, de carácter irrelevante, a los que la doctrina penal viene a llamarlos "*actos preparatorios*" y, consecuentemente, existen otros actos que siendo más que un mero pensamiento y menos que una obra consumada, tienen la entidad suficiente para alcanzar cierto grado de desarrollo criminal, poniendo de manifiesto que el autor va a ejecutar una obra prohibida por la ley. Ideación y actos externos de ejecución, son dos caras de la misma moneda que llamamos tentativa.[4]

"El hecho punible doloso recorre un camino más o menos largo (llamado iter criminis) que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su ideación, deliberación, preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico.[5]

A los efectos de reproche interesa el instante donde la conducta réproba se corporiza en un obrar que se individualiza en

---

[1] DIGESTO, Lib. 48, Tit. 19, Ley 18.

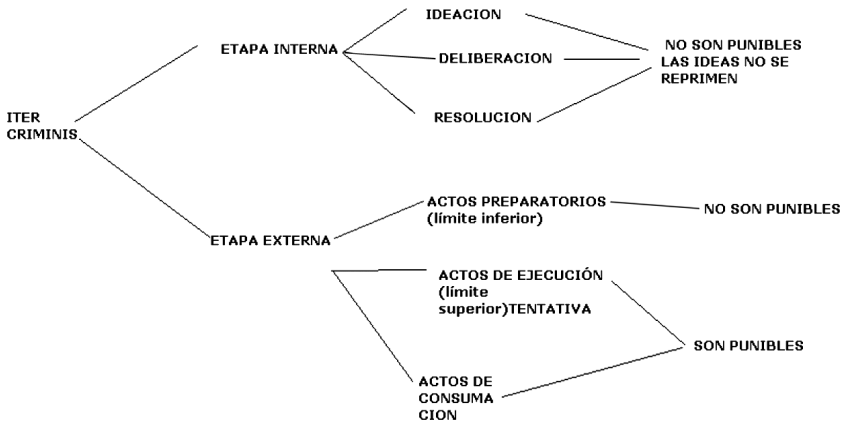
[2] ZAFFARONI, RAÚL, *Teoría del Delito*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 672.

[3] HARB, BENJAMÍN, *Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Librería Editorial "Juventud", La Paz, Bolivia, 1998, p. 380.

[4] PARMA, CARLOS, "Cuestiones Sobre Tentativa, Jurisprudencia comentada de nuestras Cámaras del Crimen", *Revista del Foro de Cuyo*, To. 18/19, Ed. Dike, Mendoza, Argentina, 1995, pp. 7/13.

[5] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 367.

el exterior y de esta manera compromete la vigencia de bienes jurídicos que han sido protegidos por el derecho.[6]



2. CONCEPTO DE TENTATIVA
Elementos. Idoneidad

La tentativa podría ser descrita así: "…**El que con el fin de cometer un delito determinado comienza la ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad…"** (Art. 42 del C.P. Argentino).

En el derecho argentino se formula sobre la base de tres requisitos: a) elemento intencional; b) comienzo de ejecución y c) no consumación involuntaria (Soler, Núñez)[7].

El nuevo Código Penal del ecuador, denominado CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP)[8] dice en su artículo 39 lo

[6] PARMA, CARLOS, *Código Penal de la Nación Argentina*, Comentado, Tomo 1; Editorial Mediterráneo, Córdoba, 2005, p. 187.

[7] DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino. Parte General,* 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 742.

[8] El Código antiguo Art. 16 del Código Penal Ecuatoriano decía: *"Quien practica* ***actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito****, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica. Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa. Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad…".*

siguiente: **"Tentativa. Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado…".**

García Falconi entiende que esta descripción propuesta por el COIP se acerca más a un concepto objetivizado de la voluntad que a la concepción subjetiva clásica.[9]

La redacción presenta aciertos y desencuentros. Es categóricamente cierto que en la tentativa deben existir "actos de ejecución" de allí que decir que "es la ejecución que no logra consumarse" es pronunciarse correctamente toda vez que la consumación –como el acto preparatorio– está afuera de la tentativa dentro del derrotero del iter criminis.

Distinta es la aclaración innecesaria que se formula a través de la partícula "o" al decir "o cuyo resultado no llega a verificarse…". Esta vaga apreciación: "verificarse", pertenece al universo del Derecho procesal penal… al mundo de la prueba. La situación fáctica comprobable juega aquí un rol inesperado en la técnica legislativa pues todo aquello que no se pueda verificar tampoco debería ser delito. Es decir que todo instituto dogmático debería recurrir a esa especie de fórmula lo que de suyo sería en sí mismo un despropósito.

Véase que la norma parece estar invertida en su redacción pues continúa diciendo:"a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes". Podría haber descripto el delito diciendo "el que dolosamente inicia la ejecución…". Lo llamativo es como va sugiriendo que el dolo se refiere al tipo penal (finalismo) o que los actos sean idóneos (teoría de la idoneidad del acto) e "inequívocos" (de sesgo carrariano). Una mixtura de sofisticada técnica y difícil interpretación.

[9] García Falconi, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, ARA Editores, Lima, 2014, p. 376.

Zambrano Pasquel comentando el COIP dirá: "la acción dolosa es punible no solamente cuando sedan los elementos que comportan el tipo objetivo y subjetivo… sino que aun faltando algún elemento requerido por el tipo objetivo es punible el acto que calificamos como tentativa"… Agrega el profesor guayaquileño que la tentativa debe ser estudiada como dispositivo que completa el tipo penal otipos penales contemplados en la parte especial del Código Penal.[10]

Visto de cualquier manera la tentativa es "la ejecución incompleta del hecho típico en la ley penal".[11]

En sentido amplio existe tentativa cuando se da principio a la ejecución de un delito y la acción no se realiza o el resultado no se verifica por causas independientes a la voluntad del hecho.[12]

Algunos códigos penales intentan expresar el concepto mismo de la tentativa. A guisa de ejemplo el **artículo 8 del Código Penal de Bolivia** dice textualmente: **"El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad…". Véase** que en la misma dirección están los artículos 16 y siguientes del CP español donde fluye el concepto de tentativa penal. Hace lo propio los §§ 22 y ss. del CP alemán.

En similar redacción del Código Ecuatoriano el obrar inequívoco sugiere una actitud definida y claramente marcada por el dolo.

El artículo **16 del Código Penal Peruano** por su parte, indica que una conducta podrá ser castigada penalmente a título de tentativa si el agente **ha tenido la decisión de cometer un delito y ha comenzado la ejecución del hecho sin consumarlo.**[13]

---

[10] ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Primero. Parte General,* Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, Quito, 2014, pp. 143, 151.

[11] VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Comlibros, Bogotá, 2009, ps.951.

[12] LABATUT GLENA, GUSTAVO, *Derecho Penal*, tomo I, 9ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, p. 181.

[13] REVILLA LLAZA, *Código Penal Comentado*, I, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, p. 530. Dice que los requisitos del artículo 16 del Código Penal peruano son tres, a saber: decisión de cometer el delito, inicio de la ejecución y no consumación del delito.

Tener la decisión debe ser interpretado dogmáticamente como conocer claramente que se está realizando el tipo penal, es decir obrar con dolo direccionadamente en pos de un delito concreto.

Esta forma la tentativa no sería más que la interrupción del proceso de ejecución tendiente a la consumación, por lo que puede ser admitida en los delitos dolosos de comisión u omisión más no en los delitos imprudentes. A todas luces se observa una sencillez normativa clara: "el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo", aunque no nos dice los porqué de esa no consumación, al menos si éste "desistir" fue voluntario o por una causa ajena a su voluntad.

El Art. **27 del Código Penal Colombiano** dice: TENTATIVA. **El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad**, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

Véase que en el derecho colombiano esta norma corrige (conducta punible) el anterior texto de 1980 que imponía la tentativa a las contravenciones

— — —

Cuando se piensa la tentativa debemos prontamente ubicarnos que se trata de un instituto de la dogmática jurídico penal que, en el marco de la temporalidad de ejecución del delito, tiene el nivel más bajo de imputación penal.

Como la parte especial de los Códigos del siglo XX estructuraron la parte especial para los "delitos completos", que en forma simple sería "consumado", se apeló a la parte especial

para desde allí imponer la tentativa al un delito determinado sin dejar de punir dada no sólo la actitud negativa del agente (disvalor de la acción) sino también su proximidad al daño concreto del bien jurídico protegido (peligrosidad).

La tentativa se trata entonces de un "*punto de partida*" idóneo desde donde el sistema punitivo comienza a reprochar la conducta delictiva, porque la intención criminosa se corporiza en acciones individualizables en su exterioridad, afectando bienes jurídicos que han sido objeto de protección legal.

Antes de ello, es decir, en las etapas del iter criminis que se mantienen en la interioridad del sujeto, el principio de reserva del art. 19 de la C.N. Argentina (Art. 76.3 Constitución del Ecuador, 2008, entre otras constituciones latinoamericanas) sostiene la no punibilidad, sabia e inveterada herencia del llamado 'Derecho Penal liberal' del iluminismo.

Es en esta etapa externa del iter criminis, donde para caracterizar la tentativa se requiere una actividad que supere la preparación del delito, es decir, alcanzar lo que se conoce como etapa de ejecución. Allí la tentativa surge "*con la intención de cometer un crimen, ejecutándose actos exteriores que tienen por objeto la consumación de ese crimen*".[14]

En todo momento doctrina, jurisprudencia y legislación deambulan en un tránsito común: **la idoneidad del acto**. De hecho esto constituye la columna vertebral en tanto se sabe que sin vulneración al bien jurídico protegido o puesta en peligro de éste se hace imposible penar.

Si la tentativa es el comienzo de la ejecución de un delito determinado, que se detiene en un momento anterior a su plena consumación, precisamente por causas ajenas a la voluntad del autor, este comienzo debe ser IDÓNEO.

Si el derrotero fuera inidóneo, por ejemplo una persona que quiera envenenar a otra dándole cianuro y le pone en la taza de café azúcar, el medio que utiliza ab initio no podría jamás vulnerar el bien jurídico vida, a no ser que se trate de un diabético grave y el planteo sería dogmáticamente complejo.

[14] PARMA, CARLOS, *Código Penal Argentino. Comentado*, Tomo I, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2005, p. 187.

Por esto se afirma que "La tentativa de delito es una acción objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito, aunque a la vez diferente, en función de un dispositivo amplificador de la tipicidad que permite captar la acción en su dinámica desde el comienzo de su ejecución y hasta que se completa la tipicidad de delito (consumación)", dice Zaffaroni.[15] Esta idea de dispositivo amplificatorio del tipo se encuentra en el pensamiento clásico de autores latinoamericanos.[16]

Se ha generado en doctrina una dicotomía inconciliable: aquellos que entienden que es un delito incompleto, dándose entonces una conducta típica que se detiene en la etapa ejecutiva o no produce resultado y los que avizoran un tipo independiente en la tentativa (similar al encubrimiento del art. 277 del C.P.A.), que no guarda relación alguna con el tipo penal impuesto en la parte especial del Código.

En el Código Penal Boliviano el artículo 197 pena directamente –a modo de excepción– los actos preparatorios, atento que son "actos útiles para falsificar". En el Código Penal Argentino la tenencia de aparatos para falsificar dinero prevista en el artículo 299 del Código Penal que no es falsificación o comienzo de ejecución de la falsificación, es un hecho típico castigado en forma autónoma. Ocurre también que ciertos delitos deban tener la anticipación penal necesaria como es el delito de conspiración para la traición (art. 216 del CPA) donde se pone en juego la República, sus instituciones y la democracia misma.

De allí que sean dos normas diversas, que aun cuando protegen el mismo bien, tratan de garantizarlo en acto y en potencia.[17] A modo de corolario, podríamos inferir que "***la tentativa***

---

[15] ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR A., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

[16] REYES ECHANDÍA; ALFONSO, *Derecho Penal,* Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 169.

[17] *La Tentativa*, SCARANO, LUIGI, p. 292, Ed. Temis, Bogotá, 1960. Depalma Distribuidor. Agrega el autor: "en la noción de tentativa se encuentra implícito el requisito del fin, que no es posible hallar en el momento de la consumación ni siquiera de la dolosa, dado que una cosa es el dolo y otra el fin… mientras que en el delito consumado se presenta la antijuridicidad cuando se verifica la lesión a un bien protegido, en la tentativa, por el contrario, se alcanza la punibilidad del acto cuando se verifica la idoneidad de éste para causar daño o peligro al bien jurídicamente protegido…".

no es un delito distinto e independiente del pertinente delito consumado, sino una ampliación de la imputación delictiva perfecta que este delito representa".[18] Esta posición tiene mayor relevancia en el universo jurídico.

Si reconocemos que el tipo de dolo exigible para la tentativa debe ser directo, el componente subjetivo entonces comprende no sólo obtener el resultado que se quiere sino también utilizar los medios adecuados para tal fin. Aquí está la esencia de la IDONEIDAD –detallada expresamente en los Códigos de Bolivia y Ecuador–.

De la Rúa y Tarditti enseñan que "la exigencia objetiva es ya una noción restringida, en la que el peligro concreto (actos idóneos para diferenciar el delito imposible) es un componente (no exclusivo) de un *factum* normatizado, pues presupone, limitativamente, que los actos peligrosos relevantes son sólo los ejecutivos, con lo cual el concepto de peligro es insuficiente para conceptualizar al acto ejecutivo".[19] Es de aclarar que la idea de idoneidad en los Códigos Ecuatoriano y Boliviano es un elemento del tipo.

Debe recordarse que la teoría objetiva es compatible con la idea de idoneidad toda vez que ésta teoría no permite la tentativa inidónea.

Por el contrario la teoría subjetiva admite la inidoneidad porque focaliza la punibilidad en la voluntad hostil al derecho

Nelson Pessoa insiste en que lo que hay que determinar es "*el acto productor de la finalidad*", porque esta noción nos permitirá trazar con seguridad el límite entre lo punible (tentativa) y lo impune (acto preparatorio).[20]

Si se da principio inmediato a la realización del tipo, conforme su propia representación del hecho, debe hacerse en forma idónea. Esta impresión del sujeto debe ser capaz de remecer el derecho, de transgredirlo.[21]

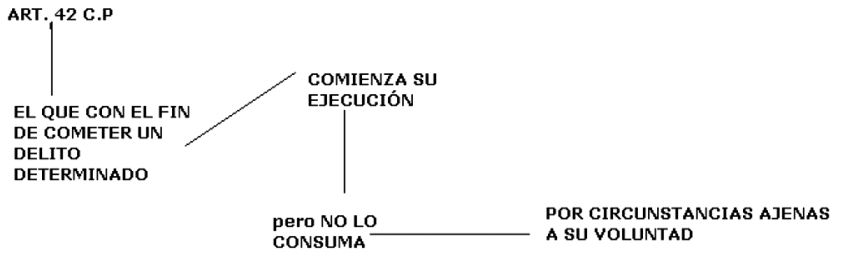
---

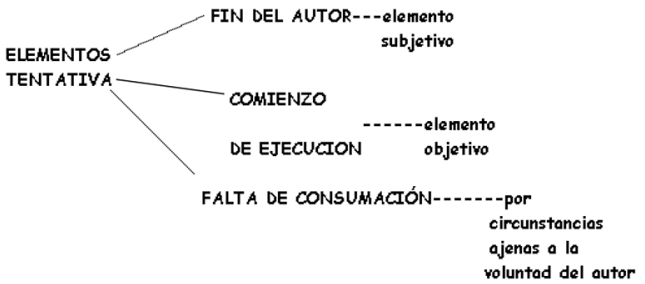
[18] NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 258. También en *Derecho Penal. Parte General*, Creus, Carlos, p. 432, Ed. Astrea, 1994.

[19] DE LA RÚA, JORGE y TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte General,* Tomo 2, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 271.

[20] PESSOA, NELSON, *La Tentativa*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 26.

[21] PARMA, CARLOS, *La Tentativa,* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1996, p. 66.


ART. 42 C.P
EL QUE CON EL FIN DE COMETER UN DELITO DETERMINADO
COMIENZA SU EJECUCIÓN
pero NO LO CONSUMA
POR CIRCUNSTANCIAS AJENAS A SU VOLUNTAD


ELEMENTOS TENTATIVA
FIN DEL AUTOR---elemento subjetivo
COMIENZO DE EJECUCION ------elemento objetivo
FALTA DE CONSUMACIÓN-------por circunstancias ajenas a la voluntad del autor

Ya se mencionó que la legislación penal ecuatoriana exige para la tentativa que existan **actos idóneos**, es decir, un acto o actos capaces de producir el resultado deseado y querido por el agente activo. También que los actos sean **inequívocos.**

Cuando los actos no son capaces de producir un resultado, entonces por inidóneos, son incapaces de configurar la tentativa y por lo tanto no son de importancia para el Derecho. El legislador *no hace diferencia entre delito frustrado y tentativa. En este solo artículo –hoy derogado– (art. 16 C.P.E.), están involucradas las dos situaciones. Sin embargo, podría decirse que alude el Legislador, a una y otra, por haber usado la conjunción disyuntiva "O" entre las frases "si la acción no se consume" y "el acontecimiento no se verifica". Al parecer es una redundancia, pero la acción no se consuma, pese a haberse hecho todo de parte del actor, estaríamos frente a un delito frustrado".*

Fácil resulta destacar que los elementos de la tentativa extraídos del art. 16 del Código Penal Ecuatoriano hoy devenido en el art. 39 del COIP, se conforman por: a) la práctica de actos idóneos, b) la intención inequívoca de cometer un delito y, c) el

incumplimiento del evento querido por causas extrañas a la voluntad del agente.

Podemos afirmar que **actos idóneos** son aquellos capaces de producir un resultado lesivo de un determinado bien jurídico. La idoneidad de los actos puestos en práctica debe examinarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias del medio empleado, e incluso a la situación del sujeto pasivo como activo.

Zambrano Pasquel aclara que en el actual Código Penal no es admisible la tentativa de las contravenciones y es inadmisible en los delitos culposos inclinándose por la admisión sólo del dolo directo atento la expresión "actos inequívocos".[22] ZAMBRANO PASQUEL (*Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, 2006, p. 165 y ss) también recuerda que en el Código Penal Ecuatoriano determinadas resoluciones manifestadas son constitutivas de delito en sí mismo por el peligro que comportan ciertas resoluciones, tales como la proposición, la conspiración, la amenaza y la instigación, así como la apología del delito.

La cuestión también presenta aristas complejas en los casos de ABORTO.[23]

---

[22] ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, ARA Editores, Lima, 2006, pp. 171 y 172.

[23] El Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO, en su obra intitulada *Delitos Contras las Personas*, Tomo IV, Edino, Quito, 1999, al respecto de la TENTATIVA en el caso del aborto, nos dice: *"…el tipo básico del aborto admite la tentativa por mandato expreso de la ley penal contemplado en el segundo inciso del art. 441, esto es, que las acciones tendentes a provocar el aborto de una mujer embarazada, que no ha consentido en su aborto, por cualquiera de los medios previstos legalmente, que no logran matar al feto, son sancionadas como tentativa…"*.

Ahora bien, existe discrepancia en la doctrina interna respecto de si se admite la tentativa en los demás tipos de aborto determinados en la ley penal. Los que están en contra de esta interpretación "extensiva", respaldan su criterio en el hecho de que si el legislador hubiera querido sancionar la tentativa en los demás tipos de aborto, lo Hubiera Expresado Como En El Caso Del Art. 441 Inciso Segundo. Al Respecto, ZAVALA BAQUERIZO nos dice: *"…Partiendo de la base de que el aborto es un delito doloso, esto es, que la voluntad del autor está dirigida a destruir al feto y que, además, es un delito de los llamados materiales, nosotros pensamos que la tentativa es posible, salvo en dos hipótesis que rechazan, por su propia naturaleza, la tentativa. Estas hipótesis son las previstas en el artículo 442 (aborto preterintencional), y en el artículo 445 (aborto seguido de muerte de la mujer), pues en el primer caso, la conducta del autor no estuvo dirigida a causar el aborto sino a violentar a la mujer y, por ende, no cabe hablar de tentativa de aborto; y en el segundo caso, porque por tratarse de un delito complejo, si es que las maniobras abortivas no logran la destrucción del feto, pero causan la muerte de la madre, carece de importancia*

Se impone un imperativo moral aludir a la opinión del distinguido maestro guayaquileño ZAVALA BAQUERIZO.[24] Este discrepa de Beling en cuanto a que el alemán consideraba a la tentativa un tipo penal subordinado al tipo penal autónomo. El maestro ecuatoriano considera que: *"…la tentativa, pues, es una realidad que vive en el mundo de los fenómenos, por lo cual ha sido aprehendida por la ley penal (…) Pensamos que no es que el tipo penal de la tentativa se encuentra referido al tipo penal autónomo, y que sin esta referencia no asume vida jurídica el acto típico de la tentativa. La tentativa es un tipo autónomo por cuanto tiene características propias que no se encuentran en el tipo de delito consumado. Así, "comenzar a matar" no es, no puede ser lo mismo que "matar". El tipo penal de la tentativa de homicidio dice: "El acto de comenzar a matar con intención, sin ninguna de las circunstancias expresadas en el artículo 450, es tentativa de homicidio simple, y será reprimido con una pena de uno a dos tercios de la prevista en el art. 449 para el homicidio simple." Como se observa, ni en razón de la descripción del acto antijurídico, ni en razón de la pena, el tipo de tentativa queda subordinado al tipo de delito consumado. En el primero, la conducta que se describe es aquella conformada por actos idóneos que demuestran la voluntad de delinquir, la voluntad de acción, el querer el resultado típico que no llega a consumarse. En el tipo de tentativa existe, como elementos constitutivo el de "comenzar a…matar, falsificar, etc.", que son actos diferentes a los de "matar, falsificar, etc."*. Continúa el insigne profesor diciendo: *"…la confusión de considerar la tentativa como tipo subordinado emana del hecho de no haber reparado que la Ley no ha deseado hacer un tipo sui géneris, particular, para cada caso de tentativa, sino que ha redactado un tipo único que lo ha incluido en la Parte General del Código Penal. Toda persona que practique un acto idóneo dirigido a la realización*

jurídica el hecho de que no se hubiera consumado el aborto, ya que el resultado muerte comprende toda la conducta como delito consumado…".

[24] ZAVALA BAQUERIZO, JORGE, *Delitos Contra la Fe Pública. Tomo I*, Edino, Guayaquil, 1993, pp. 275 y ss.

de un delito de homicidio, hurto, violación, destrucción de muebles, etc. que no se consuma, adecua su acto al tipo penal de tentativa de homicidio, hurto, violación, destrucción de muebles, etc. Comprende el tipo penal de tentativa, una parte objetiva (la manifestación de voluntad y el comenzar a actuar), y una parte subjetiva (el dolo, es decir, el querer un resultado típico) (…) La tentativa, pues, es un tipo con defecto de congruencia, pues el tipo subjetivo supera al tipo objetivo. Mientras la voluntad va dirigida a la consumación de un resultado típico, este resultado no se consuma, se detiene en una etapa anterior a la consumación. No existe, pues, congruencia entre las dos partes del tipo. El elemento fundamental de la tentativa es la finalidad…".

2.1. Fundamento de la punición en la tentativa

Clásicamente se insiste que quien está intentando cometer un delito pone en peligro un bien jurídico protegido. Tal consigna no termina de satisfacer a la doctrina por lo que se ha generado un número importante de opiniones al respecto.

Se ha intentado con distintas máximas conceptuar este fundamento de punición en la tentativa refiriéndose a: el "*peligro corrido*" por el bien a proteger; la "*voluntad contraria al derecho*"; la "*peligrosidad del autor*"; "*alarma social*"; "*puesta en peligro abstracto*"; "*voluntad hostil al derecho*"; etc. Obviamente según la tesis a la cual se adhiera el pensamiento, se estará a tal o cual postulado, aunque de buen cuño doctrinario es creer, que la tentativa pone en peligro de daño o en peligro de peligro (efectivo o abstracto) los bienes jurídicos que el derecho en su totalidad protege, y de allí que deba atribuírsele una extensión de la imputación delictiva, obviamente degradada por el menor cargo de criminosidad que resulta de la no consumación.

Según Alcácer Guirao la tentativa es punible porque desautoriza la vigencia de la norma; es decir, porque quebranta la expectativa de seguridad del ciudadano en cuanto a la indemnidad de sus bienes jurídicos. Es de advertir que algo similar

piensa Jakobs teniendo en cuenta que para él culpabilidad es prevención general positiva. De esta manera entonces quien tienta un delito es infiel al mandato normativo.

La teoría clásica u objetiva, tomaba como punto de partida el lesionar o poner en peligro un bien jurídico digno de protección. Obviamente si no hay riesgo alguno, no deviene el castigo. La teoría subjetiva indica que lo castigado es la conducta en sí misma, en tanto es una rebelión contra el orden normativo: es la voluntad contraria a derecho lo que se pena (Von Bury). La teoría ecléctica asienta la punición en la voluntad antisocial del hechor. A su rebeldía, se suma, la conmoción al ordenamiento jurídico, lo que de suyo genera inseguridad jurídica (Welzel, Jescheck). Lo que buscan estas últimas teorías es disfrazar de pretendida tutela a bienes jurídicos "*meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva*".[25]

Diferente es la posición aportada por Marcelo Sancinetti, quien plantea la plena punibilidad para la tentativa acabada, ya que elimina el "*dato naturalístico*" de la consumación.

Debemos aceptar que no existe el delito independiente de "*tentativa*", sino que por su ubicación intra sistemática, este instituto –en principio– se aplicaría a todos los delitos dolosos, como una extensión del tipo, o como enseñaba Núñez: "*una ampliación de la imputación delictiva perfecta que el delito representa*". **No hay delito de tentativa, sino tentativas de delitos.**

Welzel decía que en la tentativa el tipo objetivo no está completo, mientras que tiene un tipo subjetivo de un delito consumado; es decir que existe una manifestación delictiva con déficit en el tipo objetivo. Zaffaroni por su parte enseña que en la tentativa tanto el tipo objetivo como el subjetivo se encuentran incompletos, porque ninguno de los dos se terminó de realizar en la praxis. Al igual que un delito doloso de peligro, tiene un injusto de menor contenido que en un delito doloso de lesión, no sólo por la objetividad de la lesión, sino además porque el dolo tampoco alcanza su pleno desarrollo.

[25] ZAFFARONI, ob. cit.

2.2. Teorías sobre el Fundamento de la Punición en la Tentativa

2.2.1. *Teoría del peligro*

Esta teoría tiene su origen en los planteos de Feuerbach, quien a comienzos del siglo XIX, desarrolló su concepción del delito inspirada en la ideología liberal de la ilustración. Para este autor, el castigo de la tentativa sólo podría justificarse en cuanto conllevara una amenaza objetiva para los derechos subjetivos del ciudadano, por lo que acciones carentes de toda peligrosidad deberían quedar fuera de las lindes del Derecho punitivo. El núcleo de esta idea responde al afán de separar Derecho y Moral y limitar la aplicación del ius puniendi a aquellas acciones que presenten un daño potencial para los intereses de otros ciudadanos, encarnados en los bines jurídicos, satisfaciendo el presupuesto ilustrado del *nullum crimen sine iniuria*.

Con esta concepción la tentativa adopta por primera vez un perfil objetivo, rompiendo con la tradición subjetivista presente en la doctrina alemana e italiana desde los postglosadores. Vino entonces a plantearse por primera vez el problema de la tentativa inidónea. De este modo vemos que la distinción entre tentativa idónea e inidónea surge de la finalidad de protección del Derecho Penal liberal de los individuos frente al poder del Estado.

De este modo se ve limitado el fin preventivo por lo exigido por el principio de lesividad, desde el cual sólo conductas peligrosas que ya hubieran manifestado una orientación indudablemente dirigida a la lesión podrían caer bajo las redes del *ius puniendi*. Con ello se conseguiría llegar a una armonía entre la necesidad de una prevención eficaz y el respeto a determinadas exigencias garantistas.

2.2.2. *El quebrantamiento de la vigencia de la norma*

Dentro de esta concepción se aglutinan teorías para las que la tentativa radica en que toda acción dirigida a la lesión de un bien jurídico genera, aunque no logre la lesión del mismo,

determinadas repercusiones intersubjetivas consistentes en la alteración social y en el quebrantamiento de la confianza en la vigencia de la norma que poseen los ciudadanos.

Entre los exponentes moderados de este criterio podemos mencionar a Welzel, para quien la tentativa lesiona el poder espiritual del ordenamiento desautorizando la autoridad moral de las normas jurídicas y debilitando los valores ético-sociales plasmados en las mismas. Desde un punto de vista más radical está Jakobs para quien la tentativa para ser punible, requiere ser un fenómeno externo socialmente perturbador.[26] De esta forma, la tentativa constituye un quebrantamiento perfecto de la norma en cuanto que de igual modo que el delito consumado, aunque en un menor grado de objetivación lesiona la expectativa que los ciudadanos tienen en la vigencia de las normas. De esta manera vemos que lo relevante no es la causación evitable de la lesión de un bien jurídico, sino el significado de la conducta para la vigencia de la norma.

Es por ello que Jakobs afirma: "la expresión de sentido jurídico-penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad, sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella conlleva de manera inseparable: no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no conoce la norma en cuestión, sea que la conoce, pero pretende vulnerarla".[27] En la idea jakobsiana "El mundo social no está ordenado cognitivamente, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto".[28]

En la línea de la imputación objetiva se afirma que la vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgo. El riesgo

[26] JAKOBS, G.; *Estudios*, p. 302; FRISCH, "Grundprobleme der Bestrafung "verschuldeter"Afekttaten", *ZStW* 101 (1989), p. 610, nota 229. En idéntico sentido, ZACZYK, *Das Unrecht*, pp. 231 y ss.; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 5.

[27] JAKOBS, G., *Fundamentos del Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 103.

[28] Cfr.: *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, JAKOBS, G.; p. 11 (prólogo), Editorial Civitas, 1996.

permitido excluye el tipo. Lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo… Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe.[29] Intrasistemáticamente, el riesgo permitido se lo coloca: como que excluye la tipicidad (Roxin); como riesgo social permitido, excluye el tipo (Jakobs);[30] puede verse como causa de justificación, entonces se la posicionaría en la antijuridicidad (Stratenwerth); oportunamente se dijo que excluye la culpabilidad (Torío López); que alcanza a todas las justificaciones (Jescheck) o bien como resultado de un "tipo" de actividad adecuada socialmente (Mir Puig).[31]

Aunque sintéticamente destaco que Jakobs traza directrices que suele llamar criterios. Estos pueden ser obligatorios, que son los que revisten un carácter negativo (por ejemplo la representación del autor no se aproxima a la consumación o bien las que son aceptadas socialmente o habituales) o variables los que tienen una faz positiva (por ejemplo la proximidad temporal entre la conducta y la materialización).

La tentativa, a diferencia de los actos preparatorios, tendría el significado comunicativo de ser una infracción del rol y, por tanto, una defraudación de la norma.[32]

2.2.3. *La lesividad penalmente relevante*

Si lo que se protege con la vigencia de las normas es la confianza en que los bienes jurídicos de un ciudadano no serán lesionados por terceras personas, es razonable concluir que la vigencia de la norma será quebrantada solo cuando una conducta aparezca VULNERANDO el bien jurídico que esa norma protege.

---

[29] Aclara Jakobs, "un apretón de manos puede transmitir una enfermedad, una anestesia medicamente indicada, y aplicada conforme la lex artis, puede provocar una lesión".

[30] Ver: "Imputación Objetiva", PARMA, CARLOS, p. 56, *Revista del Foro de Cuyo* Nº 30, 1998.

[31] MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Editorial PPU, Barcelona, 1990, p. 246.

[32] Vid., así, BEHLING, *Abgrenzung*, p. 87.

3. DISTINCIÓN ENTRE FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA Y PRESUPUESTO DE SANCIÓN

Si partimos de un Derecho Penal que base su actuación en un cometido instrumental de la pena y no en la retribución, pero que no se fundamente exclusivamente en ese afán preventivo, sino que también sea respetuoso de principios garantistas como el de lesividad o el de culpabilidad, el fundamento de la sanción sólo puede venir basado en virtud de los efectos lesivos del delito que sean susceptibles de revocación por la pena. A diferencia de la lesión del bien jurídico, el quebrantamiento de la vigencia de la norma sí es susceptible de ser corregido por la imposición de la pena: con la misma se reafirma ante la sociedad que la norma sigue siendo una pauta de conducta vinculante, y que, por tanto, el ciudadano puede seguir confiando en que la norma seguirá vigente de cara a terceros.

Por ello podemos afirmar que el *presupuesto* para la aplicación de la pena es el peligro o lesión para el bien jurídico, por cuanto sólo cuando una conducta presente cierto grado de lesividad para los intereses protegidos por el Derecho Penal podrá considerarse contraria a la norma de conducta y ser, por ello, desvalorada como injusto penal y en consecuencia, merecedora de pena. Ahora bien, el *fundamento* de la pena solo puede ser el quebrantamiento de la vigencia de la norma por cuanto sólo ese daño puede ser reparado por la aplicación de la sanción y sólo en esos casos podremos considerar que la pena es necesaria.

Podemos decir entonces que el desistimiento es un subrogado de la pena en la medida que cumple su misma función al ser el mismo autor del proyecto lesivo el que, con su acto de revocación reafirma la vigencia de la norma vulnerada.

Las **tesis objetivas** basadas preponderantemente en la existencia de una relación de causalidad (o cuasi causalidad) y en la presencia de un peligro inminente del bien jurídico, tienen como apreciable ventaja la de poder justificar la menor punibilidad de la tentativa (ante el menor grado de ataque al bien jurídico y la falta de punibilidad de la tentativa que como la

irreal o supersticiosa no implica ninguna clase de peligro para el bien jurídico. Sin embargo, las concepciones objetivas presentan como uno de sus principales inconvenientes el de no poder explicar de manera adecuada la necesidad de sancionar la denominada tentativa inidónea, dado que en ella no parece existir un verdadero peligro para el bien jurídico. Lo evidente es que los defensores de las concepciones objetivas se han visto obligados a reconocer la necesidad de evaluar la intencionalidad del comportamiento, tanto para poder explicar la punición de la tentativa inidónea como, para determinar en algunos casos cual era el delito que el autor se proponía consumar con su comportamiento.

Para las tesis objetivas, en especial la teoría objetiva (Von Hippel) si no hay peligro corrido del bien jurídico protegido no puede haber tentativa.[33] Aquí la peligrosidad es "ex ante".

La exigencia de la verificación de una puesta en peligro ex post se formula para desempeñar la función político-criminal de excluir la punibilidad de la tentativa inidónea, y en cierta medida conduce a la equiparación de la estructura típica de la tentativa a la de los delitos de peligro concreto.

Para las **concepciones subjetivas** resulta determinante para la punibilidad de la tentativa la peligrosidad del autor (en las más antiguas) o el desvalor de acción (en sus más recientes formulaciones). Poseen la ventaja, frente a las tesis objetivas, de poder explicar con notable facilidad y perfecta coherencia sistemática la punibilidad de la tentativa inidónea, dado que en ellas existe un desvalor de la acción (o un autor peligroso) idéntico al que caracteriza tanto las denominadas tentativas idóneas como los delitos consumados. No obstante esta evidente ventaja, estas teorías encuentran el inconveniente cuando intentan justificar la impunidad de las tentativas irreales, ya que en ellas existe una intención delictiva objetivada que en nada se diferencia de la contenida en las demás clases de tentativa. Para superar este problema han admitido la necesidad de correctivos de carácter

[33] BACIGALUPO, ENRIQue, *Manual de Derecho Penal,* Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 172.

objetivo que les permitan explicar la falta de punibilidad de la tentativa irreal.

Las teorías **mixtas** solo se diferencian de las teorías objetivas en cuanto reconocen de manera expresa tomar en cuenta tanto elementos objetivos como subjetivos para poder explicar de manera adecuada todas las manifestaciones de la tentativa. Este expreso reconocimiento de la mixtura propia de la tentativa es lo que explica que en la tentativa puedan encontrarse concepciones mixtas con tendencia objetiva y tesis mixtas con predominio del aspecto subjetivo, que en la práctica equivalen a las tradicionales teorías objetivas (que siempre admiten un elemento subjetivo) y subjetivas (que deben recurrir a correctivos de naturaleza objetiva).

De conformidad con la denominada teoría del defecto del tipo, la tentativa no es diversa de un delito al que le falta un elemento de la descripción típica para poder alcanzar la categoría de consumado: la sobrevenida del resultado, es justamente el defecto que padece el tipo y que da nombre a esta tesis.

Desde esta perspectiva, parece claro que la denominada teoría del defecto del tipo es útil como una forma de definir o presentar el fenómeno de la tentativa, pero que nada aporta sobre el fundamento de su punibilidad.

En algunos países, especialmente en Alemania goza de gran popularidad la denominada **teoría de la impresión** que el comportamiento del autor despierta en la comunidad social. Esta tesis muestra como sus principales ventajas la de brindar una clara explicación a la diferente punibilidad de la tentativa inidónea (debido a su desapego por el concepto de peligro al bien jurídico) y la de poder justificar la impunidad de la tentativa irreal (por ser una teoría que no está íntimamente ligada a la intencionalidad de la conducta).

La teoría de la impresión es un intento de interpretar, desde bases preventivo-generales, la regulación subjetivista de la tentativa. El fundamento de punición de la tentativa se encuentra *en la voluntad del autor contraria a derecho, pero sólo existirá un merecimiento de pena cuando con dicha voluntad "pueda perturbarse profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia de la norma, así como el sentimiento de seguridad*

jurídica y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz jurídica" (Roxin).[34]

En la misma representación del autor, vista como criterio de imputación, radica a comprobación de la corrección del punto de partida subjetivo.

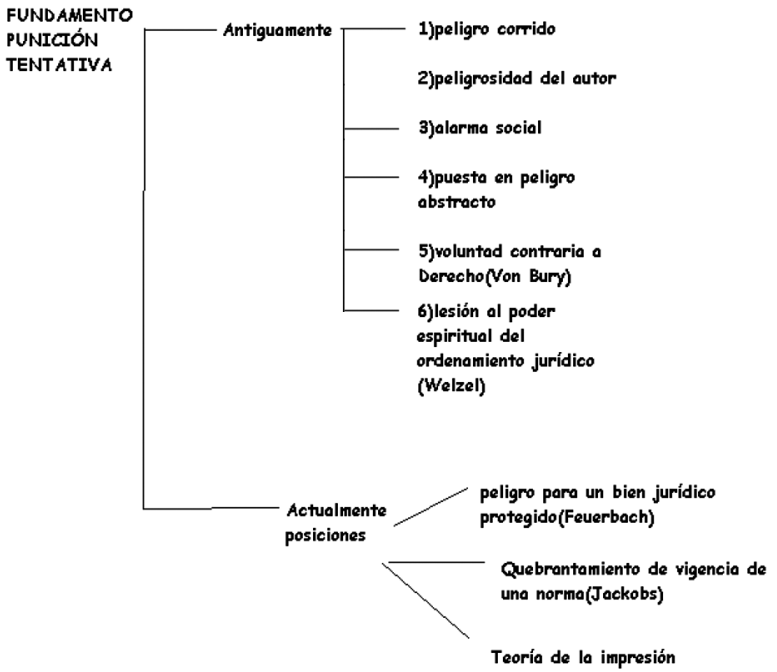
El disponerse inmediatamente a la realización del tipo, desde la propia representación del autor, aun cuando esta representación sea errada, constituiría el hecho valorado como capaz de conmocionar la confianza colectiva en la observancia del Derecho. Con fuerte tinte subjetivo acepta la tentativa inidónea,

Esta tesis muestra como sus principales ventajas la de brindar una clara explicación a la diferente punibilidad de la tentativa inidónea (debido a su desapego por el concepto de peligro al bien jurídico) y la de poder justificar la impunidad de la tentativa irreal (por ser una teoría que no está íntimamente ligada a la intencionalidad de la conducta).

Sin embargo la extrema vaguedad del concepto de impresión (aún entendiéndolo como aquella impresión propia del hombre medio de la comunidad social y la posibilidad de explicar la de la misma manera la punibilidad tanto del delito consumado como de la tentativa, se muestran como las principales carencias de esta tesis.

Desde el punto de vista de una concepción normativa de la teoría del delito, tanto en la tentativa como el delito consumado deben ser punidos por la misma razón: haber quebrantado de manera reprochable una norma penal. Esta tesis tiene como ventajas el ofrecer una concepción unitaria de la teoría del delito y el de poder explicar de forma coherente tanto la punibilidad de la de la tentativa inidónea como la impunidad de la irreal o supersticiosa. No obstante debe admitirse que se trata de una teoría que requiere aún de algunas precisiones, especialmente en lo relacionado con el tratamiento de la denominada representación del autor y su importancia dentro del estudio de la tentativa.

[34] ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, "La tentativa y los fines del Derecho Penal", *Revista de Der. Penal*, Nº 4, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 282.



El núcleo teórico de la tentativa reside en establecer cuanto debe haberse desarrollado en el mundo, la obra del hombre, desde que nació como idea, cuanto tuvo que haber crecido como realidad empíricamente verificable como para que podamos afirmar que ha comenzado la ejecución de un delito determinado. Esa es la función y justificación de las distintas teorías, forjar una pauta conceptual idónea para delimitar con la mayor precisión el grado de objetivación o desarrollo que la obra humana debe haber alcanzado en el mundo exterior para que se pueda afirmar que se comenzó a matar, lesionar, dañar, etc., en otras palabras para sostener que existe tentativa.

Nuestra legislación pena la "ejecución y consumación" de un delito. Quienes se enrolan en la doctrina clásica de la tentativa dicen que "*la imputación delictiva perfecta que tiene por objeto un delito consumado, encuentra su fundamento político en el daño del Derecho que protege la respectiva pena. Por su parte, la impuación delictiva imperfecta, que*

tiene por objeto la ejecución delictiva sin consumación del pertinente delito, tiene ese fundamento en el peligro efectivo de aquel daño".[35]

De buen cuño doctrinario –insistimos– es creer que la tentativa pone en peligro de daño o en peligro de peligro (efectivo o abstracto) los bienes jurídicos que el derecho en su totalidad protege, y de allí que deba atribuírsele una extensión de la imputación delictiva, obviamente degradada por el menor cargo de criminosidad que resulta de la no consumación.

Como adelantamos, extremadamente polémica resulta la posición que ostenta Marcelo Sancinetti, quien erradica del concepto de ilícito, al elemento "*consumación*". Allí se pregunta: ¿Qué sucede si todo el ilícito es el ilícito de la tentativa? Dice, que el paradigma vigente, supone agravación de penas por las consecuencias del hecho, situación que considera irrazonable y de pensamiento primitivo –alude a Soler, Nino, Zaffaroni y "*tantos otros*"–, entendiendo que "*no se distingue entre el quebrantamiento de una norma y un suceso de la naturaleza. Realiza consideraciones diferentes si se trata de tentativa acabada o inacabada (ver acápite especial), manteniendo su tesis de punibilidad plena en caso de tentativa acabada y el delito consumado*".[36]

El reconocimiento de que el **ius puniendi** del Estado se halla legitimado constitucionalmente para el **fin de protección de bienes jurídicos** siempre que, por sus efectos **preventivo-generales y preventivo-especiales**, constituya un medio adecuado, necesario y proporcionado para combatir las lesiones de dichos bienes, es precisamente **lo que justifica la existencia de los diversos niveles de imputación.**

---

[35] Cfr. "Tratado de Derecho Penal"; NÚÑEZ, RICARDO, p. 312, Ed. Lerner, 1978. Con citas de Carrara y Herrera.Admite también la posibilidad de producir el resultado de un peligro abstracto o concreto, como ocurre con los delitos formales.

[36] M. SANCINETTI (conocedor del tema en sus trabajos en: Doctrina Penal, Teoría del delito y desvalor de acción, trabajo de tesis doctoral, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, etc.), muestra aquí, sorpresivamente, "ligereza en su pluma", por sus críticas y su escueta fundamentación, disociada con la lógica pues no todo debe ni puede ser desvalor de la acción, pues se podría caer prontamente en un peligrosismo extremo.

A la vez de ello se obtiene información esencial sobre la estructura y el contenido tanto del concepto jurídico-penal de comportamiento, como de los de injusto y culpabilidad.[37]

4. COMIENZO DE EJECUCION ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS

Enseña Villavicencio que son elementos del tipo de la tentativa, el dolo y otros factores subjetivos, el comienzo de ejecución de la conducta típica y la falta de consumación del tipo (factor negativo).[38]

4.0. SUBJETIVA-OBJETIVA

Una de las tesis que goza de mayor preferencia y credibilidad es la que entiende que *"hay comienzo de ejecución cuando el autor realice actos que por su conexidad y sentido demuestren de una manera unívoca que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva"*.[39] A esta tesis se la denomina **subjetiva-objetiva** y deja entrever que atrapa varias conductas que por su significación revelan la criminalidad final del autor, por ejemplo encontrar una persona dentro de la casa de uno con una ganzúa y un revólver resulta por demás indicativo el fin: Robo agravado.

Ricardo Núñez lo explica así: "El "comienzo de ejecución" no comprende sólo los comportamientos típicos, por ser los adecuados para consumar el delito, sino, también, los comportamientos que careciendo en sí mismos de esa capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido demuestran que el autor ha puesto en obra su finalidad de

[37] "El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales", SCHÜNEMANN, BERND, p. 93, en *El fin del Derecho Penal del Estado y las Formas de Imputación Jurídico-Penal*, por HANS-JOACHIM RUDOLPHI, Ed. Tecnos, 1991, Madrid, España.

[38] VILLAVICENCIO, FELIPE, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Griley, Lima, 2006, p. 427.

[39] NÚÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Lerner, Córdoba, 1999, p. 228.

cometer el delito.[40] No es necesario, que quien intenta robar tome la cosa, sino que basta que con la finalidad de apoderarse de ella, debidamente probada por otros medios, entre a la casa ajena; ni es preciso que la finalidad de acceder carnalmente a la víctima por la violencia se traduzca por el contacto externo de los órganos sexuales, sino que concurriendo el propósito de cometer la violación, resultan suficientes otros actos significativos de la ejecución de esa finalidad, por ejemplo derribar a la víctima y ponerse en posición adecuada.

Concebido así el *comienzo de ejecución,* se amplían las posibilidades de admisión de la tentativa. Esta no sólo será compatible con los delitos materiales y con los delitos formales, como sucede con la injuria y la revelación de secretos (Por ejemplo, los obstáculos o la distancia que impiden que la voz del injuriador sea oída; o la carta injuriosa o violadora del secreto puede extraviarse) sino que podrá existir siempre que la naturaleza del delito admita, antes de su consumación, conductas que no siendo de simple preparación del delito, resulten atípicas, pero sintomáticas, por su inmediata conexión y por su sentido, respecto a que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva. De acuerdo con ese punto de vista, que no reduce la tentativa al círculo de los comportamientos alcanzados por el tipo delictivo, ya no es posible seguir rechazando la compatibilidad de la tentativa con los delitos de simple actividad (Según el Proyecto alemán de 1962, § 26, párr. 2º: "Al comienzo de ejecución lo constituye una acción mediante la cual el autor comienza con la realización del tipo o se dispone directamente a hacerlo")".[41]

4.1. Posiciones negativas

Son quienes opinan que es imposible formular conceptualmente la distinción entre la tentativa y el acto preparatorio.

[40] Gimbernat Ordeig, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pp. 103 y ss.

[41] Núñez, Ricardo, ob. cit., pp. 228/229.

Esta posición es objetable por diversas razones:

1. Porque el ordenamiento jurídico tiene una norma expresa sobre tentativa, por lo tanto es obligación del intérprete elaborar una explicación racional de la norma.
2. Esta posición genera inseguridad jurídica, en la medida en que el límite entre lo punible (tentativa) y lo impune (acto preparatorio) queda flotando en un ámbito totalmente desprovisto de racionalidad.
3. En tercer lugar como se ha señalado, en cuanto a actitud científica la posición negativa es criticable, ya que la dificultad del problema tiende a ser respondida no con un esfuerzo de búsqueda de solución sino con la simple afirmación de que ésta no existe.

En esta posición, hoy prácticamente abandonada, la tentativa reside en lo que el autor quiso pero especialmente en la creencia del mismo, en el siguiente sentido la convicción del autor de estar realizando una acción ya típica, en cuanto al comienzo de ejecución, más allá de que ello objetivamente suceda, determina la existencia de la tentativa.

Es decir, esta teoría edifica la tentativa sobre la subjetividad del autor creando de esta forma un serio riesgo para la seguridad jurídica ya que anula toda posibilidad de distinguir el acto preparatorio del acto de tentativa sobre objetividades racionalmente consideradas.

4.2. Teoría de la univocidad de Carrara

Este autor tuvo dos etapas, la primera conocida como teoría de la univocidad que parece haber tenido más difusión en nuestro país.

Esta primera teoría exige que el acto, para que revista la calidad de tentativa, provoque la certeza, la convicción de que está unívocamente dirigido al delito, lo que se deduce del contexto en que el mismo se lleva a cabo.

La crítica que se puede hacer a ello es que la univocidad se determina tomando en cuenta las circunstancias del acto pero no nos dice cómo debemos valorar esas circunstancias.

La segunda posición de Carrara, basada en los sujetos del delito, es la más endeble pues existen situaciones en las que no es posible distinguir a los cuatro sujetos del delito. Dice Carrara que en un robo, por ejemplo, el autor es el sujeto activo primario, los elementos usados para ejercer violencia constituyen el sujeto activo secundario, la caja fuerte donde se encuentra el dinero que se persigue, es el sujeto pasivo del atentado y el dinero es el sujeto pasivo de la consumación. Son actos de tentativa aquellos que alcanzan al sujeto pasivo del atentado, en nuestro ejemplo, la caja fuerte (y los que sólo llegan al sujeto activo secundario son actos preparatorios).

Vemos que no se puede construir la tentativa en situaciones como esta, apelando a la tesis de Carrara es imposible, si pensamos en el caso de un hombre que decide matar a golpes de puños a un niño ¿cuáles son los sujetos activo secundario y pasivo del atentado?

4.3. Teoría formal objetiva

Se determina la tentativa de un delito relacionando los actos cumplidos con el tipo correspondiente del delito.

Esta teoría, si es comparada con la tesis subjetiva, sin duda, tiene sobre ella el mérito de ser mucho más respetuosa de la seguridad jurídica, porque lo punible se edifica sobre conducta objetivada en el mundo y se toma como patrón valorativo de esa realidad al tipo penal, no afectándose de esa forma, en Argentina los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional (equivalentes a los artículos 75, 76.3, 76.7 letra k; 66.21, 66.22, 77 y 66.29 letra d) de la Constitución Ecuatoriana de 2008), el primero porque no se pena lo atípico y el segundo porque no se castigan acciones que no lesionan bienes jurídicos.

La principal deficiencia de la teoría formal-objetiva es no elaborar una pauta o regla racional más concreta para determinar en forma específica el límite entre lo punible y lo impune. Es decir, que el mérito de esta tesis reside en haber afirmado que la tentativa se debe construir sobre la base del tipo penal, el acto de tentativa debe ser un acto de ejecución de la acción

típica ya que trasladar lo punible a momentos anteriores a la misma es castigar lo atípico. Su defecto es dejar impreciso el límite entre lo punible y lo impune de acuerdo a las razones expuestas.

4.4. Teoría material objetiva

Esta posición es un complemento de la anterior en un intento de corrección. De esta forma se ha manifestado por dos vías principales: la de Frank comúnmente conocida con el nombre de "*natural concepción de la acción*" y la del "peligro" (algunos autores como Schonke y Schroder, hablan del "*peligro inmediato*").

Frank, realiza lo que podríamos denominar, un proceso o mecanismo de retroceso a fin de aprehender esos "*actos anteriores*" que se escapan hasta ahora del concepto de tentativa y de esa forma "*incluye*" dentro de esta noción las "*acciones*" que por su necesaria vinculación con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella, según una natural concepción.

El problema de esta teoría es que no establece pautas para ese retroceso, es decir, que no fija límite en esa marcha "*hacia atrás para establecer de esa forma el contenido o extensión de la acción típica vista según una "natural concepción*".

La otra vía o alternativa seguida por la posición material-objetiva es apelar a la noción de peligro.

Se sostiene que habrá tentativa cuando se pone en peligro el bien jurídico.

Lo que preocupa es saber cuál es la pauta sobre la que se afirma la existencia o ausencia de peligro pues tenemos la impresión que cae en un razonamiento que lleva a un círculo vicioso, ya que se discurre sosteniendo que hay tentativa porque hay peligro y porque hay peligro hay tentativa.

Resulta grave pensar en la persona a quien se le aplican años de prisión por considerársela autora de una tentativa y como única razón se le dice que ha puesto en peligro el bien jurídico, sin dar fundamento alguno de ello.

4.5. Teoría del plan concreto del autor

Según esta doctrina desarrollada por Welzel y sostenida por numerosos autores, la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo.

Los funcionalistas modernos niegan que lo trascendente sea el plan del autor, tal entelequia tiene su fundamento en que los conceptos penales no siguen la metodología naturalista de las ciencias naturales, sino la posición normativista de las ciencias sociales, en base a la función que, en este caso, tiene el Derecho Penal, la cual –de suyo– no es resguardar bienes jurídicos sino tejer un marco de protección a la norma o más exactamente **derechos conceptuados intrasistemáticamente por el Derecho Penal.**

En este esquema, es fundamental el plan delictivo concreto del autor, pues para determinar la inmediatez de la conducta con relación a la consumación "*hay que apelar a la modalidad particular que asume la aproximación en el caso concreto*", lo que demanda tomar en cuenta en forma ineludible el plan concreto del autor.

La doctrina tiene el mérito fundamental de haber señalado que la presencia de la tentativa debe determinarse en función del plan concreto que el autor esboza para llevar a cabo su propósito delictivo. Ello implica que no se puede determinar la existencia de tentativa en forma abstracta, sino que la presencia o ausencia de la misma se establece sobre un plan concreto, en función con el grado de desarrollo alcanzado dentro del programa del autor.

Zaffaroni en su época entendía que la teoría del plan concreto del autor daba pautas rectoras importantes. Por ejemplo:

El comienzo de ejecución del delito no es el comienzo de ejecución de la acción típica.

El comienzo de ejecución del delito abarca aquellos actos que, conforme el plan del autor, son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de la acción típica.

Un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre éste y la acción típica no haya otro acto parcial.

Para determinar si hay o no otro acto parcial intermedio deberá tomarse en cuenta el plan concreto del autor y no lo que pueda imaginar un observador ajeno.-

Dice Zaffaroni; "por nuestra parte entendemos que es imprescindible tomar en cuenta el plan concreto del autor para poder configurar una aproximación a la distinción entre ejecución y preparación… pero a pesar de ello la delimitación sigue siendo un problema que está abierto…".[42]

5. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA TENTATIVA

La propia DOCTRINA pacíficamente refiere directamente a los tres elementos constitutivos de la tentativa, a saber de: el fin del autor, comienzo de la ejecución del delito, y falta de consumación del mismo.

Puede advertirse prontamente que hay elementos objetivos y subjetivos que se requieren para la conformación TIPICA DE LA TENTATIVA. Esto es que desde lo material el hecho típico haya comenzado y luego se requiere que no se haya consumado, precisamente por una actitud externa a la voluntad del sujeto.

Ahora bien, desde lo subjetivo se impone que el sujeto actúe dolosamente (conocer, querer, deseo, propuesta, etc.) o mejor dicho: tenga como fin, cometer un delito determinado. Asímismo en el plano subjetivo también se impone que el sujeto no desista, es decir no tome la decisión de truncar el iter criminis (desistimiento voluntario). Estos temas serán abordados en los puntos posteriores.

6. EL FIN DEL AUTOR

6.1. El Dolo

En la tentativa se advierte la imagen prístina del dolo.

[42] Zaffaroni, Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 608.

Se comparte el criterio que "*todo delito doloso es realización de la voluntad* " y que toda tentativa exige dolo.

Es que el dolo como realización de un tipo pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de éste. Roxin enseña que en los tres tipo de dolo (de primer grado, segundo y eventual) se emplea siempre la descripción del dolo como "querer y saber" de todas las circunstancias del tipo penal.[43]

En Jakobs la cuestión es diferente: "El grado de fidelidad al Derecho se establece como baremo objetivo. Quien es culpable entonces, tiene un déficit de fidelidad al derecho. De manera psicologizante se dice que con **dolo** actúa quien conoce el riesgo por él creado".[44]

En referencia al dolo, gravitan en consecuencia dos conceptos, a saber:

a) Voluntad dirigida a la realización del acto, y;

b) Voluntad capaz de realización del acto.

Es así que la dilucidación de esta encrucijada surgirá no del contenido, sino del **hecho real** que domina.

El sector doctrinario denominado "*finalista*", pretende inferir el concepto general del dolo, de la misma noción de tentativa, precisamente por la frase "*fin de cometer un delito determinado*" –y de allí que se torne un imperativo extenderse en este tópico. A falta de resultado en una acción ilícita, se introduce la idea de "*peligro*", que sólo constituye un ilícito bajo el presupuesto de que existiera el dolo de lesión. El peligro depende que el autor tenga dolo, al decir de Sancinetti: y un dolo que vaya más lejos que el peligro–, y esto se da de bruces con el criterio objetivista, resurgiendo así la idea subjetiva de la tentativa. Allí es donde Welzel lanza su "*argumento*": "*si el dolo era un elemento del ilícito en la tentativa, también tenía que serlo en el delito consumado; el resultado no podía hacer "saltar al dolo de lugar sistemático*". Inclusive los post-finalistas reafirman el dogma de "*identidad*"

[43] ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I", 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010, p. 415.

[44] JAKOBS, GÜNTHER, "La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente", Separata Nº 20; Estudios de Derecho Judicial, Xunta de Galicia, 1999, pp. 125/127.

entre el dolo de la tentativa y el dolo de la consumación, situación ésta que no ha producido consecuencias en la teoría de la imputación objetiva,[45] en materia de tentativa, reafirmando que la fuerza de la imaginación nomológica del individuo es la instancia fundante de la punibilidad.

La corriente finalista, buscando un dolo desvalorado, se aferra a la norma impuesta por el art. 42 del C.P.A. (art. 16 C.P.E.), dando cuenta de un dolo sin relación con la antijuridicidad y, en más, se apuntala al art. 35 del C.P.A. (exceso de límites impuestos por la ley) demostrando que el dolo puede existir aunque se de error en la antijuridicidad y que –como se dijo– debe tratárselo, como un dolo desvalorado en el tipo.[46] Bacigalupo entiende que el art. 35 del C.P.A., se refiere a los casos en que el autor ha obrado sin conciencia, o con una conciencia errónea sobre los límites de la necesidad de la acción de justificación llevada a cabo…la punibilidad atenuada se explicaría en la "*evitabilidad del error sobre la antijuridicidad de la acción cumplida, pero deja intacto el dolo en el hecho*". Por el contrario, Núñez postula otra solución, por considerar que el autor ha traspasado esos límites sin intención, de allí que su imprudencia, negligencia o inobservancia no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad: falta la conciencia de la antijuridicidad y desaparece el dolo. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha propiciado un destacado precedente donde en "*el abuso se mantiene el dolo, pero no en el exceso*".[47]

---

[45] "La teoría de la imputación objetiva se basa en una determinada comprensión del modo de función de las normas de conducta, y, a partir de este punto de partida, busca criterios de imputación.

[46] Las ideas de Impallomeni referidas a la visión del dolo en el exceso, como la conciencia de infligir al adversario un mal no necesario por la desproporción entre la acción ofensiva y la acción defensiva, fueron dejadas de lado en Italia ante el advenimiento expreso de la figura culposa en el exceso, más tuvieron acogida jurisprudencial en nuestro país a través de la S.C. de Buenos Aires (serie 15, t. V, p. 109) y también la Cám. 2ª de San Luis (29/10/69, J.A. res. 1970, t. 45, Nº 36 con voto de E. Zaffaroni. Sin embargo la mayoría de los Tribunales advierten la figura culposa en el exceso, no sólo por la indicación legislativa que tiene la norma remitiendo a la culpa o imprudencia, sino porque en la especie el pensamiento tradicional del dolus (querer y comprender la criminalidad… ilícito, antisocial o genéricamente malo) es doctrinariamente sólido.

[47] Ver "Una sentencia trascendente…", BACIGALUPO, ENRIQUE, *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, p. 48, Nos 5 al 8, 1975, Ed. Depalma.

Retomando el tema en cuestión, y en las antípodas, se ubica la teoría clásica del dolo que, apuntalando la intención y comprensión del hecho, ve en el art. 34 inc. 1º del Código Penal Argentino (art. 34 C.P.E.) la estampa del dolo.[48] En realidad, los "*clásicos*" son terminantes cuando afirman que la ley dice "*delito*", y en esta inteligencia se refiere a una acción: típica, antijurídica y culpable, por lo que ven allí debilitar los argumentos "*finalistas*" en la tentativa. Ante ello otra corriente "*finalista*" ensayó la noción del dolo como reverso del error de hecho.[49]

Los delitos culposos no contemplan la tentativa, ya que la culpa es subjetivamente incompatible con la intención exigida, sin perjuicio que la responsabilidad culposa exige un resultado. Es el propio derecho positivo que excluye, a través de la palabra "*fin*", la posibilidad de la culpa en la tentativa, cerrando cualquier posibilidad de consideración de la misma y su punibilidad.[50]

---

[48] Cfr.: "Teoría clásica del dolo", VIDAL, HUMBERTO, en *Doctrina Penal*, 1980, p. 282. Esta tarea fue iniciada en la Argentina, sistemáticamente por Soler (en *Der. Penal Argentino*). En la edición de su obra magna, del año 1963, Soler elaboró el concepto de dolo eventual, pero ya con la ayuda de la frase: "dirección de las acciones".

[49] Distinguen los finalistas entre error de tipo y error de prohibición. Ambos impiden al autor el conocimiento de la criminalidad del acto. El error de tipo se da en aquellos casos en que la relación del sujeto activo se encuentra comprendida dentro de la descripción típica (tipo objetivo) pero el autor cree que su conducta carece de uno o más elementos del tipo –hay tipicidad objetiva pero no la subjetiva–. El error de prohibición no recae sobre los elementos del tipo sino sobre la comprensión de la antijuridicidad de la acción –excluye la culpabilidad en el supuesto de que sea insuperable o simplemente amengua en caso contrario–. Ver: *El Error en el Delito*, GURRUCHAGA, HUGO, p. 35 y 39/40, Ed. DIN, 1989.

[50] Es oportuno señalar el avance que en la doctrina Alemana, Española, etc. tienen las ideas de Claus Roxin concediendo un mayor espacio al prototipo del injusto –creación dolosa o imprudente de un riesgo–, y, con ello, al comportamiento peligroso. Debe pensarse en la introducción de tentativas imprudentes (idóneas-acabadas)… recomendándose la posibilidad de prever el "delito de riesgo con una causalidad general meramente potencial". Es que para estos discípulos, el Derecho Penal es en primer término: Derecho Penal del riesgo imputable personal e individualmente. Cfr. "Imputación objetiva y personal a título de injusto"; WOLTER, JÜRGEN, en: *El Sistema Moderno del Derecho Penal*, p. 133, Ed. Tecnos, 1991, Madrid, España.

BIBLIOGRAFÍA

Específica

(Libros de Enrique Bacigalupo consultados en este trabajo: La noción del autor en el Código Penal (Prólogo de Luis Jiménez de Asúa), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965; Culpabilidad, Dolo y Participación, Ed. Jorge Álvarez, Buenos Aires, 1966; Insolvencia y Delito. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1970; Delitos Impropios de Omisión, Ed. Pannedille, Buenos Aires 1970; 2ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1983; Apropiación indebida y estafa de seguro, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1971: Tipo y Error, Ed. Cooperadora de Derecho, Buenos Aires, 1973; 2ª ed. 1988; Cuestiones penales de la nueva ley de sociedades, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974; Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal económico, Nº 13, Ensayos Jurídicos, Editorial Astrea, 1974;Lineamientos de la Teoría del Delito, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974; 2ª ed. 1986; 3ª ed. 1995; Delito y punibilidad Ed. Civitas, Madrid, 1983, 2ª ed. Buenos Aires, 1999; Manual de Derecho Penal (Parte General), Ed. Temis, Botogá, 1984; Principios de Derecho Penal Español (El hecho punible), Akal, Madrid 1985 (1990); Técnica de resolución de casos penales, Colex, Madrid, 1988; 2ª ed. 1995; Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal, Akal, Madrid 1991; 2ª ed. 1994; Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación, Lerner, Córdoba, 1996; Sanciones Administrativas, Colex, Madrid 1991; Principios de Derecho Penal, 5ª edición, Akal, Madrid 1997, 5ª ed. 1998; El delito de falsedad documental, Dykinson,Madrid, 1998; Curso de Derecho Penal Económico, Marcial Pons, Madrid, 1998 (compilador); Principios constitucionales del Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; Derecho Penal económico, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999; Delitos contra el honor, Dykinson, Madrid, 2000; Justicia Penal y Derechos Fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 2002 (publicado también en Chile como Derecho Penal y Estado de Derecho, 2005); Cuestiones Actuales del Jurado, Dykinson,Madrid, 2003; El de-

bido proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; Hacia el Nuevo Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006; Derecho Penal económico (Director), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999).

BACIGALUPO, E., "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Hammurabi, 1999. "Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación", Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1996 ("Opúsculos de Derecho Penal y criminología", Nº 63). "La noción de autor en el Código Penal"; Buenos Aires, 1965. "Principios de Derecho Penal Español, II: El Hecho Punible", Ed. Akal, 1985. "La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", conferencia pronunciada por Enrique Bacigalupo en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona el 28 de marzo de 2008 en el XV Congreso de Estudiantes de Derecho Penal.

BELING, E., "Grundzuge des Strafechts", 11ª ed., 1930.

CEREZO MIR, J., "Problemas fundamentales del Derecho Penal", Ed. Tecnos, 1982.

DONNA, E. A., "Derecho Penal. Parte General: tomo V", 1ª ed., Rubinzal Culzoni, 2009.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, FERNANDO, "Derecho Penal fundamental", t. II, Temis, 1989, Bogotá.

FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, "Der Täter hinter dem Täter" ("El autor detrás del autor").

GIMBERNAT ORDEIG, E., "Autor y cómplice en Derecho Penal", 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2006.

H. JUNG, en A. ESER / B. HUBER / K. CORNILS, "Einzelverantwortung und Mitverantwortung", 1996.

JAÉN VALLEJO, M., "Principios constitucionales y Derecho Penal Moderno", Ad-Hoc, 1999.

JAKOBS, G., "El ocaso del dominio del hecho", Ciclo de Conferencias y Seminarios 2000, Mendoza, 25/8/00, Universidad Champagnat. "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal", Ed. Ad Hoc.

KAUFMANN, A., "Die Dogmatik der Unterlassungsdel".

LUZÓN PEÑA, D. M., "La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado".

MAURACH, GOSSEL y ZIPF, "Derecho Penal. Parte General", trad. 7ª ed. alemana, por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, 1995, tomo II.

REYES ALVARADO, YESID, "Imputación objetiva", 2ª edición Revisada, Temis, Bogotá, 1996, Colombia.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, "Derecho Penal", Temis, 1996, Bogotá.

OQUENDO, P.; MARTÍNEZ GUERRA, A.; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J.; RODRÍGUEZ RAMOS-LADARIA, G.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Código Penal, comentado y con jurisprudencia", Dir: Luis Rodríguez Ramos, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2009.

PARMA, CARLOS, "Culpabilidad", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997.

PARMA, CARLOS, *Código Penal Comentado*, tomo I, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2005.

PARMA, CARLOS, *La tentativa*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1996.

PARMA, CARLOS, *Derecho Penal convexo*, Academia Boliviana de Derecho Penal, 2008.

PARMA, CARLOS - GUEVARA VÁSQUEZ, IVÁN, Autoría y Participación Criminal, Editorial Ideas, Lima, 2015.

PIZARRO BELEZA, T., "La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿titularidad versus dominio del hecho?", ponencia publicada en "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal", Ed. José María Bosch S.A., Barcelona, 1995, pp. 337/354.

ROXIN, C., "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal", 6ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1998. "Täterschaft und Tatherrschaft", 6ª edición. "Derecho Penal. Parte General", tomo I, Ed. Civitas, 1997.

SALAZAR MARÍN, MARIO, "Autor y Partícipe en el Injusto Penal", Temis, 1992, Bogotá.

SALAZAR SÁNCHEZ, N., "La participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber", ponencia realizada en el marco del XVI Congreso Latinoamericano y VIII Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, celebrado los días 22, 23, 24 y 25 de septiembre de 2004, cuya sede fue la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

STRATENWERTH, G., "Derecho Penal. Parte General I (El hecho punible)", trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4ª ed., Hammurabi.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO, "Manual de Derecho Penal", Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 4ª edición, 2010, Bogotá.

VILLAMOR LUCÍA, FERNANDO, *Derecho Penal Boliviano, Parte general*, Tomo I, Ed. Inspiración Cards, La Paz, Bolivia.

VILLAVICENCIO TERREROS, F., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Grijley, 2006, Lima, Rep. de Perú.

VON BURI, M., "Die Causalitat und ihre strafrechtliche Beziehungen", 1885.

WELZEL, HANS, "Derecho Penal. Parte General", trad. por Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., "Derecho Penal. Parte General", Ed. Ediar, 2ª edición, 2002.

Bibliografía general

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "Acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos, AAVV", en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*, Ed. Idemsa, Lima, 2007.

ALCACER GUIRAO, RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Atelier, Barcelona, 2003.

ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

———— *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

AROCENA, GUSTAVO; BALCARCE, FABIÁN y CESANO, JOSÉ, *Prueba en materia penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.

———— *Derecho Penal y Neurociencias*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

AROCENA, GUSTAVO, *Ensayo sobre la función judicial*, Mediterránea, Córdoba, 2006.

———— *La nulidad en el proceso penal*, Mediterránea, Córdoba, 2004.

AROCENA, GUSTAVO y BALCARCE, FABIÁN, *Análisis penal procesal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

BALCARCE, FABIÁN, *Introducción a la parte especial del Derecho Penal nuclear*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2004.

———— *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 1, M.E.L. Editor, Córdoba, 2007.

BAIGÚN, DAVID y ZAFFARONI, RAÚL, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 5, Hammurabi, 2008.

BARBERO SANTOS, MARIANO, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1973.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, *Lecciones Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1996.

BETTIOL, GIUSEPPE, *El problema penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

BUOMPADRE, JORGE, "La tipificación del delito ecológico", en *Revista Penal* Nº 5, Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nor Este (UNNE), Corrientes, enero-abril, 1987.

———— *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal Español*, Ariel, Barcelona, 1984.

CARRARA, FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal, vol. II, Temis, Bogotá, 1958.

COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, PG 5ª edición, 1999.

COPLESTON, FREDERICK, *Filosofía contemporánea*, Herder, Barcelona, 1959.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Editorial PPU, Barcelona, 1989.

CÓRDOBA, JORGE - SÁNCHEZ TORRES, JULIO, *Derechos personalísimos*, Córdoba, Alveroni, 1996.

CORNEJO, ABEL, *Teoría de la insignificancia*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006.

CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago de Chile, 1982.

D'ALESSIO, ANDRÉS, *Código Penal Comentado, Parte Especial*, arts. 79-306, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

DAYENOFF, DAVID, *Código Penal Comentado*, A-Z, 1996.

DE CASAS, CARLOS, "Consentimiento y responsabilidad médica", *Revista IDEARIUM* Nº 14/17, Editada por la Universidad de Mendoza, 1988, publicada en octubre de 1991.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

DE LA RÚA, JORGE - TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 1, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

DE LA RÚA, JORGE, *El Derecho Penal Democrático en la Argentina de Hoy*, en LL, 20/4/04.

———— *Código Penal Argentino. Parte General*, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.

———— *La codificación penal latinoamericana*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1983.

DE LA RÚA, MARÍA ANTONIA, "El error sobre los presupuestos de las causas de justificación", en *Derecho Penal y democracia. Desafíos actuales*, Mediterránea, Córdoba, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *Política criminal y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

———— *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, México, 1994.

FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Teoría Jurídica del Delito*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

———— *Teoría del delito*, Livrosca, C.A., Caracas, 1996.

GARCÍA CAVERO, PERCY, *Derecho Penal económico*, ARA Editores, Lima, 2003.

———— "Tendencias modernas en la dogmática jurídico penal alemana", en *Más Derechos*, Nº 1, Di Plácido, Argentina, 2000.

GARGARELLA, ROBERTO, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, 1999.

GARIBALDI - PITLEVNIK, *Error y delito*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

HABERMAS, JÜRGEN, *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1989.

JAKOBS-STRUENSEE, *Problemas Capitales de Derecho Penal Moderno*, Hammurabi, 1998.

KINDHÄUSER, URS, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, ARA Editores, Lima, Perú, 2008.

KOLAKOWSKI, L., "¿Por qué Necesitamos a Kant?", en *La Modernidad Siempre a Prueba*, Vuelta, México, 1990.

KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Ed. Fondo de cultura económica, México, 1993.

LASCANO, CARLOS (h), y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2002.

LASCANO, CARLOS (h), *Lecciones de Derecho Penal*, t. I y II, Advocatus, Córdoba, 2000.

———— "Las pautas político criminales para la elaboración conceptual del tipo de injusto", publicado en la página de internet del Instituto Uruguayo de Derecho Penal.

———— *Las pautas político criminales de la Constitución Argentina y el tipo de injusto, AAVV, Criminalidad, evolución del Derecho Penal y critica al Derecho Penal en la actualidad*, Editorial Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2004.

MUÑOZ CONDE - GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Función de la norma penal", *Rev. Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, 1973.

———— *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., B de F, Montevideo, 2001.

NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos aires, 1992.

NÚÑEZ PAZ, MIGUEL, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, AAVV, en Imputación objetiva*, Ed. Pacífico, Lima, 2015.

PARMA, CARLOS - GUEVARA VÁSQUEZ, IVÁN, *Autoría y Participación Criminal*, Editorial Ideas, Lima, 2015.

PARMA, CARLOS - LUQUE, RODOLFO, *Caso Pochat: Una sentencia posmoderna*, La Ley, suplemento de jurisprudencia penal, 19/2/99.

PARMA, CARLOS - MANGIAFICO, DAVID, La sentencia penal entre la prueba y los indicios, Editorial Ideas, Lima, 2014.

PARMA, CARLOS, *La intervención en la omisión*, en L.L. Suplemento Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 16/12/2010.

———— *Victimología y Victimodogmática*, AAVV Silva Sánchez, Bottke, Dübber, Jaén Vallejo, De la Cuesta Aguado, Reyna Alfaro, Pérez Cepeda, entre otros, Perú, Ediciones ARA, 2003.

———— *Culpabilidad –lineamientos para su estudio–*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997.

———— *Derecho Penal convexo*, Ediciones El Original, La Paz, Bolivia, 2008.

———— *Derecho Penal Posmoderno*, ARA Editores, Lima, Perú, 2005.

———— *El pensamiento de Günther Jakobs*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

———— *Roxin o Jakobs. ¿Quién es el enemigo en el Derecho Penal?*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2009.

———— *La Tentativa*, Ediciones Jurídica Cuyo, Mendoza, 1996.

———— *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

RIGHI, ESTEBAN, "La regulación del error de prohibición en el derecho argentino", en *AAVV, Sistemas penales iberoamericanos*, ARA Editores, Lima.

RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL, *Las causas de justificación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA - SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, "Delitos de lesión y delitos de peligro", en *Derecho Penal español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994.

———— *Derecho Penal español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

ROXIN, CLAUS y otros, *La prohibición de regreso en Derecho Penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios Nº 11, Bogotá, 1998.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, España, 1997.

———— *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo de la 6ª ed. alemana, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

———— *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

———— *Derecho Procesal Penal*, t.I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

———— *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

———— "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal", Conferencia publicada por la Universidad de Huelva, España, 2009.

———— *Problemas actuales de la dogmática penal*, ARA Editores, Lima, 2004.

———— *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, España, 1976.

———— "Strafechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung", en *Neue Zeitschrift fur Strafecht*, Nº 4, Munchen/ Frankfurt a. M., 1991, pp. 158 y ss.

———— *Teoría del tipo penal*, trad. Enrique Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979.

RUSCONI, MAXIMILIANO, *Los Límites del tipo penal*, Ad Hoc, Buenos aires, 1992.

STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible*, Edersa, Madrid, 1976.

TORÍO LÓPEZ, A., *Los Delitos de Peligro Hipotético*, ADPCP, 1981.

VILLADA, JORGE, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE, *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.

WELZEL, HANS, *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956.

———— "Derecho y ética", en *Revista Argentina de Ciencias Penales,* enero-abril de 1977, Nº 5, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977.

YACAMÁN YIDI, MIGUEL, *Estructura del Delito y del Error en el Código Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

YACOBUCCI, GUILLERMO, *La deslegitimación de la potestad penal*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, RAÚL, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1991.

———— Pol*ítica Criminal Latinoamericana*, Hammurabi, 1982.

———— *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1983.

———— *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, RAÚL - ARNEDO, MIGUEL ALFREDO, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, t. I, Ed. A-Z, Buenos Aires, 1996.

ZAFFARONI - CARLÉS, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El Derecho dúctil*, Trotta, 1999.

ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, *La prueba ilícita*, CEP, Quito, 2009.

———— *Del Estado constitucional al neoconstitucionalismo*, Edilex, Guayaquil, Ecuador, 2011.

Bibliografía Complementaria

ABOSO, GUSTAVO E., "Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán", en *La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, 23/12/99.

ARAMBUREM, MAXIMILIANO, "La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes", Medellín, octubre de 2006, Universidad EAFIT, recuperado de http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1301/1173.

BACIGALUPO, ENRIQUE, "Hacia el Nuevo Derecho Penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006. "Principios Constitucionales de Derecho Penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999. "Manual de Derecho Penal", Ed. Temis Bogotá, 1998.

BACIGALUPO, ENRIQUE, "Lo objetivo y lo subjetivo en las teorías de la autoría y la participación", Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, Nº 63, Marcos Lerner Editora. Cba. "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, ENRIQUE, "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Hammurabi, 1999.

BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS MIGUEL, "Manual de Derecho Penal. Parte General", 2ª edición, Eddili, Lima, Perú, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALAREÉ, HERNÁN, "Lecciones de Derecho Penal: volumen II", Ed. Trotta, 1999.

CERVINI, RAÚL, "Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica", *Revista de Ciencias Penales*, Nº 2 1996 Montevideo, Carlos Álvarez Editor.

CESANO, JOSÉ DANIEL, "Problemas de responsabilidad penal de la empresa", www.unifr.ch/derechopenal

CRESPO, EDUARDO DEMETRIO, "Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata", disponible en el portal iberoamericano, www.cienciaspenales.net

DONNA, EDGARDO ALBERTO, "Derecho Penal. Parte General", tomo V, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, 2009.

GARCÍA CAVERO, PERCY, "Derecho Penal Económico", 2ª edición, Grijley, Lima, tomo I, 2007. "La imputación jurídico-penal a los miembros de la empresa por delitos de dominio cometidos desde la empresa". CIIDPE http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20091005_03.pdf, Conferencia pronunciada en Universidad Andrés Bello. Viña del Mar (Chile), del 16 al 18 de noviembre de 2006.

GARRIDO MONTT, MARIO, "Nociones fundamentales de la teoría del delito", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.

GRACIA MARTÍN, LUIS, "El moderno Derecho Penal económico empresarial y de la globalización económica", Ed. Cevallos, 2011. "El actuar en lugar de otro en Derecho Penal", Prensa Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1986.

GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización?, algunas consideraciones críticas", artículo publicado en la obra "Cuestiones actuales del sistema penal: Crisis y desafíos", Ara Editores, 2008, Lima, Perú, p. 349/350. "La culpabilidad penal de la empresa", Madrid, 2005.

LASCANO, CARLOS, "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales. Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales", Marcos Lerner Editora Córdoba - La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba, octubre de 2001.

ROJO, JAVIER, "La actuación en lugar de otro en el Derecho Penal", en L.L., 28/01/08, 2008-A, p. 3.

SCHÜNEMANN, BERND, "Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal: El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógica-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", Grupo Editorial Ibáñez y Universidad de Santo Tomás, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS, "La expansión del Derecho Penal", Civitas, Madrid, 2001, 2ª edición. "Consideraciones sobre la teoría del delito", Editorial Ad-Hoc Buenos Aires, 1998.

VAN VEEZEL, ALEX, "La ciencia penal en la Universidad de Chile", libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de dicha Universidad, editado por la misma en 2013.

GARCÍA CAVERO, PERCY, "Lecciones de Derecho Penal: Parte general", Ed. Griljey, Lima, Perú, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, "Autor y Cómplice en Derecho Penal", Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, "Autor y cómplice en Derecho Penal", 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización?, algunas consideraciones críticas", artículo publicado en la obra "Cuestiones actuales del sistema penal: Crisis y desafíos", Ara Editores, 2008, Lima, Perú.

GUEVARA VÁSQUEZ, IVÁN PEDRO, "Tópica jurídico penal. Selección de Tópicos de Filosofía Jurídico Penal y Derecho Penal peruano", vol. I, Ideas Solución Editorial, Lima, 2013.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO, "Lecciones de Derecho Penal: parte general", Ed. Universidad Externado de Colombia, 2002.

HIRSCH, HANS JOACHIM, "Acerca de los Límites de la Autoría Mediata", en "Derecho Penal. Obras Completas", Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

HURTADO POZO, JOSÉ, "Manual de Derecho Penal", Ed. Eddili, Lima, 1987, 2ª ed.

JAKOBS, GÜNTHER, "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997.

LASCANO, CARLOS, "Derecho Penal. Parte General", Editorial Advocatus, Córdoba, 2002.

MAURACH-GÖSSEL-Zipf, "Derecho Penal. Parte General", T. 2, Astrea, 1995.

MORA, EMANUEL, "El principio de ejecución en la tentativa y la teoría del riesgo", Ed. Cathedra Jurídica, 1ª edición, 2013.

NÚÑEZ, RICARDO, "Tratado de Derecho Penal", Tomo II.

PARMA, CARLOS, "Culpabilidad. Lineamientos para su estudio", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997.

PARMA, CARLOS, "El pensamiento de Günther Jakobs", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

PIZARRO BELEZA, TERESA, "La Estructura de la Autoría en los Delitos consistentes en la Infracción de un Deber: ¿Titularidad versus Dominio del Hecho?", en "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal", J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995.

ROXIN, CLAUS, "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal", 6ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1998. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", *Revista Penal* Nº 2 –julio de 1998–, Universidad de Huelva, Editorial Praxis, traducción de Enrique Anarte Borrallo. "Dirección de la organización como manifestación de la autoría mediata", conferencia internacional dictada por Roxin en el marco del Congreso de Derecho Penal, panel: "Los estrategas del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el Derecho Penal latinoamericano", del día martes

5 de octubre de 2010, en la Universidad Sergio Alboleda, República de Colombia, disponible audiovisualmente en http://www.youtube.com/

SOLER, SEBASTIÁN, "Derecho Penal Argentino", Tomo II,TEA, Buenos Aires, 1978.

STRATENWERTH, GUNTER, "Derecho Penal. Parte General I (El hecho punible)", trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4ª ed., Hammurabi.

VAN WEEZEL, ALEX, "Actuar en lugar de otro", artículo publicado en el libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, titulado "La ciencia penal en la Universidad de Chile", editado por dicha universidad, 2013, pp. 283/310.

VILLA STEIN, JAVIER, "Derecho Penal: Parte general", Ed. San Marcos, 2ª edición, 2001.

VILLAMOR LUCÍA, FERNANDO, "Derecho Penal Boliviano: Parte General", tomo I, 2ª edición, 2007, Ed. Inspiración Cards, La Paz, Bolivia.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Grijley, 2006, Lima, Rep. de Perú.

WESSELS/BEULKE, "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihre Aufbau", 28ª ed., 1998.

YACOBUCCI, GUILLERMO, "Criterios de imputación en la empresa", Publicación del Primer seminario internacional de Derecho Penal organizado por el departamento de derecho y ciencia política de la Universidad Nacional de la Matanza, Editado por Universidad Nacional de la Matanza, Buenos Aires, 2007.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1983. "Derecho Penal. Parte General", Ediar, 2ª ed., 2002, en coautoría con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. "Manual de Derecho Penal. Parte General", sexª edición, Ediar, 1991.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, "Derecho Penal. Parte General", Ediar, 2ª edición, 2002.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, "Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos", en II Congreso Internacional de Derecho Penal, Lima, 1997, p. 351, cit. Rojo Javier, en L.L. 28/1/08.

ÍNDICE

Dedicatoria y agradecimiento 7
Prólogo 9

Capítulo 1
PREFACIO: BREVE INTRODUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO. PASADO, PRESENTE Y FUTURO. AUTORÍA. SÍNTESIS

1. Derecho Penal. Desarrollo Científico. Dudas y certezas 11
2. Teoría Causalista 13
3. Teoría Neoclásica 15
4. Teoría Finalista 16
5. El Funcionalismo 21
6. Teoría de la imputación objetiva 25
   6.1. Disminución del riesgo 27
   6.2. Falta de realización del riesgo 28
   6.3. Riesgo permitido y no permitido 28
   6.4. El fin de protección de la norma. Prohibición de elevación del riesgo 29
   6.5. Participación en la autolesión consciente de la víctima 30
7. Sumario 31

Capítulo 2
CONSIDERACIONES GENERALES. DOGMÁTICA JURÍDICA

1. Concepción genérica de la autoría. Teoría Unitaria. Delimitación . 35
2. Rol en eI quehacer delictivo: Teorías Diferenciadoras 44

2.1. Tesis subjetiva. Crítica 45
2.2. Tesis objetiva 52
2.2. Tesis del dominio del hecho 56
2.2.1. Generalidades 56
2.2.2. Críticas y extensión de la teoría 66
2.2.2.a. Delitos de infracción del deber y actuación del extraneus 67
2.2.2.b. Delitos de propia mano 82
2.2.2.c. Delitos con requerimientos subjetivos especiales 84
2.2.2.d. Delitos imprudentes y coautoría 86

Capítulo 3
DOMINIO DEL HECHO.
DERECHO COMPARADO

1. Análisis crítico: Jakobs y la teoría del dominio del hecho bajo la lupa del funcionalismo (ideas de Jakobs) 89
2. La autoría en la teoría finalista 102
3. El criterio de dominabilidad: Zaffaroni, Alaggia y Slokar 103
4. Luzón Peña: La determinación objetiva del hecho y la autoría en los delitos culposos y dolosos 107
5. Enrique Bacigalupo: Su pensamiento sobre la teoría del dominio del hecho 117
5.1. Acción u omisión en posición de garante. Delitos de omisión impropia 128
5.2. Semblanza: Bacigalupo 134
7.3. El pensamiento penal en los albores de Bacigalupo 136
7.4. La huella de Bacigalupo en la Dogmática jurídico penal . . . 140
5.5. La Filosofía del Derecho y el estrecho vínculo con la Ciencia del Derecho. Europa y su proyección en Latinoamerica . . . 142
5.6. La jurisprudencia hecha doctrina. Nexo causal natural y normativo. Garante. Tentativa en los delitos impropios de omisión. 147
5.7. Derecho Penal económico. El desafío frente a la empresa . . 154
5.8. Bacigalupo; la vigencia y perennidad de su obra 158
6. Reseña de la teoría del dominio del hecho en el derecho colombiano 163
7. El abordaje de la autoría en la doctrina peruana. La influencia de Roxin 169

Capítulo 4
FORMAS DE AUTORÍA

1. Dominio del hecho: Categorización de los modos de autoría ... 179
2. Individuo y autoría: autoría directa ... 181
3. Tipos de coautoría ... 182
3.1. Coautoría funcional ... 182
3.2. Coautoría concomitante: ¿verdaderamente es una forma de autoría? ... 183
4. Autoría mediata ... 184
4.1. Generalidades de la autoría mediata en el Derecho comparado ... 184
4.2.1. Modos de la autoría mediata ... 193
4.2.1.1. Ejecutor que no realiza el tipo objetivo ... 193
4.2.1.2. Ejecutor que obra bajo error ... 195
4.2.1.3. Ejecutor que actúa justificadamente ... 198
4.2.1.4. Ejecutor que realiza el injusto coaccionado ... 199
4.2.1.5. Ejecutor que obra en estado de inimputabilidad ... 201

Capítulo *5*
LAS FORMAS DE AUTORÍA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA Y EUROPEA

1. El criterio de las "formas" de Percy García Cavero ... 205
1.1. ¿Cuándo inicia la ejecución en la autoría mediata? ... 207
1.1.1. Respuesta individual ... 207
1.1.2. Respuesta global ... 209
1.1.3. La perspectiva de Roxin frente al dilema ... 214
2. Articulación de los aparatos organizados de poder en Latinoamérica ¿es posible la autoría mediata a través de ellos? ... 215
2.1. Generalidades ... 215
2.2. Requisitos sustanciales ... 228
2.3. Intercambiabilidad o fungibilidad del autor directo ... 228
2.4. Orden en la organización ... 231
3. El alejamiento de la norma ... 231
3.1. Posición de la doctrina en Latinoamérica ... 234
3.2. La postura que sustentamos ... 238
4. Tesis de la "autoría de determinación" ... 242
5. Autor por convicción: El paradigma de la reacción social ... 244
6. Autoría y participación en el Código Penal Boliviano ... 246
6.1. La autoría y participación en el Decreto ley 10426 ... 247

6.2. Autoría y participación en el Código Penal Ley Nº 1.768 del 10 de marzo de 1997 249
6.3. Exposición de motivos 250
6.4. Autores 251
6.5. Partícipes 253
6.6. Responsabilidad penal intuito personae - incomunicabilidad 255
6.7. Nueva Constitución Política del Estado 256

Capítulo 6
EL PARTÍCIPE

1. Participación criminal: tesis 259
1.1. Generalidades 259
1.2. Justificación: Teoría de la culpabilidad o de la corrupción. Teoría pura de la causación. Teoría de la participación en el injusto 263
1.3. Principios regentes 269
2. Tipos de participación 277
2.1. Cómplice necesario y partícipe secundario: distinción 277
2.2. Inducción 282
2.3. El fenómeno de participación omisiva en la acción y activa en la omisión 288

Capítulo 7
LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ECONÓMICOS: LA EMPRESA

1. La incursión en los delitos económicos y su crecimiento. Independencia como categoría 293
1.1. Actualidad, vigencia e impronta de la los llamados Bienes jurídicos colectivos 298
2. Algunas precisiones sobre la Representación. Penalidad 307
2.1. Debate en el Derecho Argentino y Latinoamericano sobre la regla de "Actuar en lugar de otro" 309
3. La organización empresarial como aparato organizado de poder 310

Capítulo 8
EXCURSUS

1. Bien jurídico Protegido 319
2. Noción de Delito de peligro. Lineamientos básicos 331

2.1. Distinción: Los delitos de peligro abstracto frente a los delitos de peligro concreto 333
2.1.1. Peligro abstracto: Principios 336
2.1.1.a. Principio de Lesividad 336
2.1.1.b. Principio de Exterioridad 338
2.1.1.c. Principio de Culpabilidad 339
2.3. Delitos de peligro hipotético 341
3. Quebrantamiento de deber. Generalidades. Fundamentación . . . 343
4. Omisión 355
5. Error 359
5.1. Conceptualización. Desarrollo 359
5.2. Error en las causas de justificación 361
5.2.1. Error de prohibición 368

CAPÍTULO 9

1. Consideraciones preliminares 373
1.1. El iter criminis o camino del delito 373
2. Concepto de tentativa. Elementos. Idoneidad 375
2.1. Fundamento de la punición en la tentativa 385
2.2. Teorías sobre el Fundamento de la Punición en la Tentativa 387
2.2.1. Teoría del peligro 387
2.2.2. El quebrantamiento de la vigencia de la norma 387
2.2.3. La lesividad penalmente relevante 389
3. Distinción entre fundamento de la tentativa y presupuesto de sanción 390
4. Comienzo de ejecucion análisis de las teorías 396
4.0. Subjetiva-objetiva 396
4.1. Posiciones negativas 397
4.2. Teoría de la univocidad de Carrara 398
4.3. Teoría formal objetiva 399
4.4. Teoría material objetiva 400
4.5. Teoría del plan concreto del autor 401
5. Elementos constitutivos de la tentativa 402
6. El fin del autor 402
6.1. El Dolo 402

Bibliografía 407